UDC 34/35 : ISSN 0003-2565



АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

ANNALS

OF THE FACULTY OF LAW IN BELGRADE

BELGRADE LAW REVIEW

JOURNAL OF LEGAL AND SOCIAL SCIENCES

УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ

ЧАСОПИС ЗА ПРАВНЕ И ДРУШТВЕНЕ НАУКЕ | БЕОГРАД 2010 /БРОЈ 1/ ГОДИНА LVIII

Анали Правног факултета у Београду

Година LVIII, бр. 1/2010, стр. 1–430

UDC 34/35 ISSN 0003–2565

САДРЖАЈ

ЧЛАНЦИ

ПОЛЕМИКА

СТРУЧНИ РАДОВИ

ПОВОДИ

ХРОНИКА

ПРИКАЗИ

ЧЛАНЦИ

УДК 338.532.423 ; 346.546

Др Мирољуб Лабус

редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

МИНИМАЛНЕ МАЛОПРОДАЈНЕ ЦЕНЕ: ЛЕГАЛИЗАМ НАСПРАМ ЕФИКАСНОСТИ*

Минималне малопродајне цене (даље: ММЦ) анализирају се с економске и правне тачке гледишта на једном конкретном примеру из праксе. У нашем правном систему уговорне клаузуле о ММЦ су забрањене и аутоматски ништаве. У конкретном случају економска анализа не подржава овакву ригидност и упућује на промену регулативе. ММЦ не морају увек да доведу до нарушавања конкуренције на релевантном тржишту производа, тако да би требало дати шансу тржишним учесницима да докажу оправданост своје продајне политике. Тиме би се створила основа за доношење образложене одлуке у којој би се упоредили негативни ефекти ограничавања конкуренције унутар једне робне марке са позитивним ефектима повећања конкуренције између више робних марки и унапређења ефикасности у дистрибуцији производа. Уједно, био би направљен бољи однос између драконских казни и вероватноће доношења економски погрешних одлука о заштити конкуренције. Економска анализа заснива се на оцени еластичности тражње у систему линеарних једначина тражње оцењених уз ограничења на параметре и на импулсним функцијама у оквиру векторског ауторегресивног модела. Правна анализа упоређује законодавна решења у Србији и Европској унији.

Кључне речи: *Минималне малопродајне цене. Аутоматска ништавост. Конкуренција између и унутар робних марки. Супституција тражње. Прећутни картел.*

Заштита конкуренције представља пример државне интервенције на тржишту роба и услуга ради отклањања тржишних недостатака. Због ових недостатака трпи благостање потрошача и ефикасна алокација ресурса. Уколико ова интервенција не побољша економску ефикасност, она губи разлог свог постојања. Државна интервенција може бити и у том случају правно утемељена, дакле легална, али не

* Захваљујемо Б. Беговићу, В. Павићу и Т. Лалић на корисним примедбама и сугестијама. Наравно, сви могући пропусти су само наши.

може да се одбрани од приговора да је економски неефикасна. То је разлог зашто економисти очекују од правника да у сваком поступку заштите конкуренције воде рачуна о економским аргументима и да избегавају, колико год је то могуће, необориве претпоставке да је нека врста понашања *per se* штетна по конкуренцију и аутоматски забрањена.

Овај став ће се илустровати на примеру минималних малопродајних цена (ММЦ) које представљају „црне клаузуле“[1] у купопродајним уговорима и које су типичан правни аргумент у корист постојања случајева аутоматске ништавости. На једном примеру из праксе показаћемо да ММЦ нису нарушиле конкуренцију и да због тога њихов утицај на конкуренцију ваља испитивати у сваком конкретном случају. Тиме би се необорива претпоставка нарушавања конкуренције заменила разумнијом оборивом претпоставком. Уједно објаснићемо правницима како се примењују неке економетријске технике ради закључивања да ли постоји или не постоји повреда конкуренције у неком конкретном случају. На основу свега наведеног, на крају, предложићемо измену наших прописа о заштити конкуренције у циљу пружања шансе тржишним учесницима да докажу постојање ефикасности дистрибуције роба чак и у случају постојања „црних клаузула“. Тиме би се, уједно, наше законодавство приближило стандардима Европске уније које у наведеном случају не познаје *per se* ништавост.[2] Ово је само једна од области која захтева прилагођавање: „По својој изведби и квалитету редакције, [нови] Закон тешко да прати европске узоре, бар не оне постављене у законодавствима земаља-чланица“.[3]

Минималне малопродајне цене представљају споразум, прећутан или изричит, у коме продавац забрањује купцу да даље продаје његову робу испод одређене цене. Та забрана не мора да буде уговорена само у форми санкција (прекид пословне сарадње, одн. раскид уговора), него може да постоји и у облику позитивних стимулација (додатни рабат због придржавања минималних цена). Оваква одредба потпада под забрањене споразуме, чију ништавост оглашава или констатује административно тело (комисија за заштиту конкуренције), односно суд.

---

[1] Формалноправни израз који користи Европска комисија је *hardcore restrain*, који се у литератури често назива и *black clause*. Због тога смо га ми слободно пре вели као „црне клаузуле“.

[2] Вид. E. Gippini Fournier, „Resale Price Maintenance in the EU: in statu quo ante bellum?“, ed B. Hawk, Fordham Corporate Law Institute, *Proceedings of the 36th Annual Conference on International Antitrust Law and Policy,* Fordham 2010.

[3] Б. Беговић, В. Павић „Јасна и непосредна опасност: приказ новог Закона о заштити конкуренције“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2009, 72.

У економској теорији не постоји јасан доказ какав је утицај ММЦ-а на благостање потрошача. Сасвим је сигурно да ММЦ смањују конкуренцију унутар једне робне марке, али њихов утицај на конкуренцију између робних марки варира од случаја до случаја. Може да се деси да ММЦ-е у тој конкуренцији доведу до обарања тржишних цена и повећања продаје чиме се повећава, а не обара благостање потрошача. Тај случај ће бити приказан у овом чланку, али се не може тврдити да овај случај илуструје генерално правило. Разумно је очекивати да постоје и супротни примери. У сваком случају, постојање контрапримера релативизује тврд став законодавца. Како се истиче у студији *OECD*-а о ограничењима код одређивања малопродајних цена „највећи део теоријских аргумената за и против ММЦ је добро познат више од 20 година. Оно што нам треба јесте више емпиријских радова“.[4] У овом чланку се нуди један такав емпиријски рад.

У досадашњој пракси примене прописа о заштити конкуренције у Србији преовладавао је формалноправни приступ. По нашем мишљењу таква пракса неће помоћи да се уреде тржишни односи у Србији, а сасвим сигурно доводиће до обнављања низа неспоразума између тела за заштиту конкуренције и привреде, односно академске заједнице. Тржиште није само скуп уговора о куповини и продаји, него и основни економски механизам за алокацију оскудних ресурса. Зато је паралелна примена економске анализе у случајевима заштите конкуренције неопходна и корисна. Наши прописи о заштити конкуренције представљају рецепцију права Европске уније. Међутим, рецепција је тако урађена да суштински мења поступак заштите права конкуренције у области ММЦ-а чиме се непотребно мењају фундаментални принципи у овој области. Да прецизирамо, у Европској унији примењен је принцип „образложења“ (*rule of reason*) при доношењу одлуке у сваком конкретном случају да ли ММЦ крше конкуренцију (и зато су одговарајуће одредбе уговора ништаве) или доносе веће благостање потрошачима у односу на негативне ефекте нарушавања конкуренције (па те исте одредбе уговора ваља одржати на снази). Наши прописи уводе „аутоматску ништавост“ (*per se*) уговорних одредби које садрже ММЦ. Да невоља буде већа, то чини подзаконски акт, а не закон, чиме се отвара много озбиљније питање законитости наведеног правила. Независно од тога, аутоматска ништавост, по дефиницији, искључује било какву економску анализу.

У теорији не постоји сагласност које је правило боље, мада је већина коментатора спремна да подржи принцип „образложења“ у односу на „аутоматску ништавост“.[5] Међутим, након историјске

[4] OECD, *Roundtable on Resale Price Maintenance*, DAF/COMP 2008/37, 58.

[5] M. Motta, *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge 2004, 306.

одлуке Врходног суда САД 2007. године у случају *Leegin Creative Leather Products*,[6] није могуће наћи нове аргументе у корист „аутоматске ништавости“.

Чини се да би било корисно начинити једну суптилну промену наших прописа о заштити конкуренције и омогућити, такође, примену правила „образложења“ код одлучивања о случајевима забрањених споразума на основу ММЦ-а. Тачно је да би оваква промена довела до дужих процеса одлучивања, њихових већих трошкова и неизвеснијих одлука регулаторног тела, односно суда. Међутим, вероватноћа доношења економски погрешних одлука би се значајно смањила. Овакав захтев има смисла, јер на другој страни постоји могућност доношења драконских санкција. У примеру који следи могућа санкција је између 15 и 150 пута већа од целокупног прихода од продаје предметне робе, а да притом ММЦ нису нарушиле конкуренцију на релевантном тржишту производа. Када постоји правна могућност изрицања драконских санкција, вероватноћу доношења економски погрешне одлуке требало би свести на најмању могућу меру.

Пример из праксе који се овде обрађује још увек је у поступку одлучивања пред Комисијом за заштиту конкуренције. Зато нећемо наводити имена учесника поступка, нити врсту робе о којој се ради. Пример може да се схвати као „стилизоване чињенице“ које имају високу вероватноћу да се стварно догоде у пракси.

Најпре ћемо у првом одељку дефинисати релевантно тржиште, иако је то сувишна ствар у правним поступцима где је неко тржишно понашање *per se* забрањено. Тиме желимо да покажемо колико је важно правилно дефинисати релевантно тржиште и колико могу да буду погрешне његове имплицитне дефиниције, које увек постоје чак и када се експлицитно избегавају. На релевантном тржишту, наравно, постоји супституција производа. У другом одељку оценићемо супституцију роба у предметном случају који има облик тржишта монополистичке конкуренције између диференцираних производа (познатих робних марки). У трећем одељку дајемо кратак приказ функција тражње код хомогених и диференцираних производа. У четвртом одељку анализираћемо конкуренцију унутар једне робне марке и то оне која је једина имала ММЦ, а у петом показаћемо да је конкуренција између робних марки довела до пораста благостања потрошача. У шестом одељку увешћемо идеју о динамичкој конкуренцији. На тој основи, у седмом одељку анализираћемо реалну опасност коју ММЦ могу да представљају, а то је да поспешује опстанак картела. Стварни подаци потврђују сумњу да је једног момента постојала таква реална опасност, али је

[6] *Leegin Creative Leather Products*, *Inc*. *v*. *PSKS*, *Inc*., 551 U.S. 877 (2007).

она убрзо нестала. Применом одговарајуће анализе и симулацијом ефеката једновременог подизања цена свих произвођача објаснићемо зашто је картел у предметном случају био неодрживо тржишно решење. У другим случајевима, наравно, то не мора да буде тако. Након свих анализа које говоре да ММЦ не морају у сваком конкретном случају да нарушавају конкуренцију и да буду штетне по потрошаче, у осмом одељку ћемо прећи на правну анализу ММЦ-а. У закључку предложићемо одговарајућу промену правне регулативе.

1. РЕЛЕВАНТНО ТРЖИШТЕ

Сваки случај заштите конкуренције мора да започне дефинисањем релевантног тржишта. Постоји уверење да то није потребно ако су ММЦ „по себи" забрањене. Довољно је доказати да постоје такве одредбе у уговорима. То подразумева примену необориве претпоставке да овакве уговорне одредбе битно нарушавају конкуренцију на тржишту, без обзира на то како је дефинисано релевантно тржиште. Овакав приступ значајно скраћује процедуру одлучивања и омогућава доношење аутоматских одлука. Уз све то није потребно примењивати компликовани тест „хипотетичког монополисте" ради дефинисања релевантног тржишта[7]. Ми ћемо, међутим, показати да свака одлука регулаторног тела подразумева „експлицитно" или „имплицитно" дефинисање релевантног тржишта. Штавише, имплицитна дефиниција релевантног тржишта у случајевима ММЦ може с буде прави *nonsense* с економске тачке гледишта.

Међутим, економисти морају да буду свесни да се концепт релевантног тржишта дефинише у смислу заштите конкуренције и да не мора увек да се поклапа с уобичајеним схватањем шта је тржиште роба и услуга[8]. Релевантно тржиште образује скуп производа који ограничавају једни друге у погледу формирања цена и других услова продаје (квалитета, услуга, иновација). Произвођачи чији производи имају блиске супституте имају ограничену способност да подижу цене изнад цена супститута и конкуренција између њих их тера да цене спуштају на ниво трошкова (укључујући нормалан профит). У

[7] Овај тест више није формалноправно обавезан, али није ни забрањен. У спорним ситуацијама ваља га, свакако, применити.

[8] На пример, уобичајено је схватање да је тржиште Интернет конекције једно јединствено тржиште. Међутим, у Француској то није био случај, а вероватно и у другим земљама. Спора конекција (*low speed*) и брза конекција (*high speed*), по оцени Европске комисије и Европског суда правде представљају два одвојена ре левантна тржишта због асиметричне замењљивости производа. Крајњи корисници Интернет услуга прелазили су са споре на брзу конекцију, али не и обрнуто. Видети T 340/03 *France Télécom SA vs. Commission of the European Communities* и одлуку суда O.J. 2009/C141/2.

том смислу концепт релевантног тржишта директно је повезан с концептом тржишне снаге конкурената, а један од кључних фактора који ограничава њихову тржишну снагу управо јесте супституција производа (на страни тражње и на страни понуде).

С економске тачке гледишта тржиште које посматрамо јесте типично тржиште на коме постоји монополистичка (олигополистичка) конкуренција. Монополистичка конкуренција постоји између малог броја крупних тржишних учесника који производе диференциране производе (различите робне марке). Када формирају своју продајну политику, а посебно када одређују цене, конкуренти морају да воде рачуна какве ће бити реакције других тржишних учесника. Својим одлукама они утичу на одлуке других и прилагођавају се њима. За такве тржишне учесника каже се да су стратешки конкуренти. Све док једни другима конкуришу, ништа није спорно са становишта заштите конкуренције. Спорно може да буде или понашање доминантног учесника на тржишту, који има преко 40% тржишног учешћа, а који може да злоупотреби свој тржишни положај или ако дође до изричитог или прећутног договара о ценама и подели тржишта који конкуренте претвара у чланове картела.

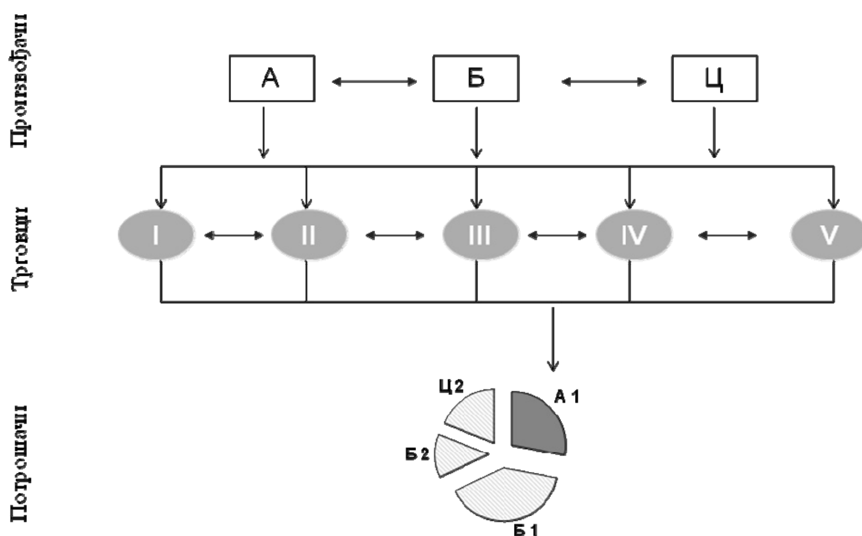
У нашем примеру постоје три произвођача: А (са тржишним учешћем близу 30%), Б (са тржишним учешћем преко 50%) и Ц (са тржишним учешћем нешто испод 20%). Релевантни производ сачињавају две класе робних марки: робне марке више класе које смо обележили индексом 1 (са тржишним учешћем две трећине) и робне марке ниже класе које смо обележили индексом 2 (са тржишним учешћем од једне трећине). Постоји заменљивост (супституција) унутар сваке класе наведених робних марки, али истовремено и између њихове више и ниже класе. При малој разлици у ценама између робних марки јача је супституција унутар сваке њихове класе. При већој разлици у ценама расте супституција између две класе робних марки. Због тога једна и друга класа робних марки чине исто релевантно тржиште. Иначе, сваки производ на релевантном тржишту задовољава исту врсту потреба, али с различитим квалитетом и додатним својствима.

На слици 1 приказани су тржишни удели робних марки и робних произвођача. Произвођачи, међутим, немају сопствену продајну мрежу, него своје производе продају преко малопродајне мреже коју чине трговци на мало: I, II, III, IV и V. Трговаца има и више, али њихов број нема утицај на цео случај, па их ради прегледности сводимо само на пет.

Између произвођача постоји конкуренција која представља типичну конкуренцију између познатих робних марки. Међутим, осим

ове конкуренције, постоји и конкуренција унутар сваке посебне робне марке. То значи да трговци I, II,...,V између себе конкуришу ко ће више да прода један исти производ, рецимо производ $А_1$. Са становишта слободне конкуренције, они би морали да имају могућност да исти производ од истог произвођача продају по различитим ценама. Све што је речено за конкуренцију унутар једне робне марке $А_1$, вреди и за остале робне марке: $Б_1$, $Б_2$ и $Ц_2$.

Како у овом случају дефинисати релевантно тржиште? Са слике 1 видимо да постоје два тржишта, односно да морају да постоје две групе купопродајних уговора: једна између произвођача и трговаца, а друга између трговаца и потрошача. Пошто је релевантни производ роба широке потрошње коју произвођачи преко трговаца продају потрошачима, ова два тржишта не могу одвојено да се посматрају[9]. То је класичан пример дефинисања релевантног тржишта на који се примењују правила о вертикалним споразумима.



Слика 1: Релевантно тржиште

[9] Тако у начелу дефинише релевантно тржиште Европска комисија: „Вер тикални споразум може да има не само последице на тржишту добављача и ку паца, него исто тако и на даље повезаним тржиштима...У случају „финалних до бара“ мање је вероватно да је анализа која се ограничава само на тржиште између добављача и купца довољна, јер вертикална ограничења могу да имају негативне ефекте на смањење конкуренције унутар једне робне марке и/или између робних марки на тржишту даље продаје, тј. на тржишту низводно од купца“. *Commission Notice: Guidelines on Vertical Restraints*, O.J. 2000/C291/1, тач. 96(ii).

Шта овде представља потенцијално нарушавање конкуренције? Произвођач А је имао уговоре са свим трговцима о минималним малопродајним ценама. Други произвођачи нису имали овакве уговоре с трговцима на мало.[10] Дакле, прва група купопродајних уговора је имала забрањене клаузуле које су одређивале један део садржине друге групе купопродајних уговора између трговаца и потрошача. С формалноправне тачке гледишта ова ситуација је јасна. Произвођач А и трговци I, II, III, IV и V имају забрањену одредбу у својим уговорима. Нарушили су конкуренцију сходно чл. 10, ст. 2, тач. 1 Закона о заштити конкуренције и чл. 5, ст. 1 тач. 1 Уредбе о споразумима између учесника на тржишту на различитом нивоу производње и дистрибуције који се изузимају од забране.[11]

Из овог произилази да нема потребе да се одређује релевантно тржиште. Међутим, оно је имплицитно одређено у сваком случају. Ако се посматрају купопродајни уговори са забрањеном клаузулом, целокупно релевантно тржиште је сведено само на један сегмент – на део обележен са A_1. То је мање од 30% стварно релевантног тржишта финалних производа.

Са становишта конкуренције, даља последица је да је битна једино конкуренција унутар једне робне марке. Дакле, битна је конкуренција само на 30% релевантног тржишта. Конкуренција између диференцираних производа се потпуно занемарује. Учинак на благостање потрошача се, такође, занемарује, јер се неопозиво претпоставља да је он негативан.

За овакав начин расуђивања не тврдимо да је формалноправно погрешан. Напротив, он има своју потпору у постојећим прописима. То је управо и разлог што мислимо да ваља променити наше прописе и стварно их ускладити с правом Европске уније. Но, пре него што формално предложимо такву промену, потребно је пружити додатне доказе да смо добро дефинисали релевантно тржиште. У том смислу прва ствар која нас интересује јесте супституција између производа пошто она суштински доказује постојање релевантног тржишта производа.

2. СУПСТИТУЦИЈА ПРОИЗВОДА

Ако постоји супституција између две робне марке, крајње је погрешно да одлуке о заштити конкуренције вештачки деле то тржиште и да се *de facto* односе само на један његов сегмент – на тржиште једне једине робне марке. Према правном мишљењу

[10] Односно, није доказано да су имали такве договоре.

[11] *Службани гласник РС*, бр. 65/08 одн. бр. 11/10.

Комисије за заштиту конкуренције (даље: КЗК) одредбе о ММЦ доводе се само у контекст конкуренције унутар једне једине робне марке[12]. Конкуренција између више диференцираних производа се потпуно занемарује. Овакав правни став одразио се и на анализу предметног случаја. КЗК је тражила детаљне податке о образовању цена и то за довољно дугачак период (72 недеље). На основу ових података питање образовања цена и рабата, као и додатних рабата за придржавање ММЦ могло је јасно да се анализира. Оно што је КЗК пропустила да затражи од података односило се на продате количине. Продате количине нису биле важне. То значи да КЗК уопште није имала намеру да истражује шта је то релевантно тржиште и да ли на таквом тржишту постоји замењивост производа. Комисију поготово није интересовало питање предзнака коефицијената еластичности тражње и њихове висине. Очигледно се сматрало да је то неважно у предметном случају.

Међутим, поређење цена и продатих количина на целом релевантном тржишту, како је оно дефинисано на слици 1 као скуп робних марки $А_1$, $Б_1$, $Б_2$ и $Ц_2$, даје занимљиве резултате. Према чл. 1 Уредбе о критеријумима за одређивање релевантног тржишта,[13] релевантно тржиште производа се одређује на основу супституције тражње и супституције понуде. Подаци неопходни за одређивање супституције тражње се детаљније наводе у чл. 3 Уредбе, с тим што се изричито упућује на коришћење тестова о еластичности тражње.

Европска комисија, такође, своје одлуке редовно заснива на анализи супституције између производа, односно на оценама коефицијената корелације између цена производа. Та пракса је уведена средином деведесетих година у неколико познатих случајева: *Procter&Gamble vs. VPS, Kimberley-Clark vs. Scott Paper* и *Guinness vs. Grand Metropolitan.*[14] Након неког времена Европска комисија је усвојила одређене стандарде у овој области. Познато је да се коефицијенти корелације цена налазе у интервалу између –1 и +1. Коефицијенти корелације цена у интервалу између –0.65 и +0.65 сматрају се ниским и с малом доказном снагом о повезаности производа који би требало да припадају истом релевантном тржишту. Коефицијенти корелације цена изнад апсолутне вредности 0.8 се третирају као високи коефицијенти с јаком индицијом да производи

---

[12] Комисија за заштиту конкуренције (2009): *http://www.kzk.org.rs/download/odluke/Misljenje%201%20 %20141%20sednica.pdf*.

[13] *Службени гласник РС*, бр. 89/2009.

[14] *Bishop* и *Walker* детаљно су расправљали о овој пракси, S. Bishop, M.Walker, T*he Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurment*, Sweet&Maxwell, London 2002. Иначе, наведени случајеви су: IV/M430 (1994) O.J.L. 354/32, IV/M623 (1996) O.J.L. 181/1 и IV/M938 (1998) O.J.L. 288/24.

припадају истом релевантном тржишту.[15] Једну деценију касније Европска комисија је постала свесна постојања „привидне корелације“ *(spurious correlation*), односно могућности да цене два производа зависе од треће појаве (заједничких трошкова или општег тренда) и да та трећа појава може да производи високу корелацију између наведене две групе цена. Зато је почела да примењује тестове засноване на коинтеграционој анализи.

У нашем случају, корелација између четири групе производа је веома висока и одговара стандардима Европске комисије. На основу тога закључујемо да они образују исто релевантно тржиште производа.[16] Истина, коефицијент корелације између $А_1$ и $Ц_2$ цена је испод 0.8, али производ $Ц_2$ има коефицијенте корелације цена преко овог износа са производима $Б_1$ и $Б_2$ који, са своје стране, имају још више коефицијенте корелације цена са производом $А_1$ (0.85 и 0.857).

Табела 1: Коефицијенти корелације

	$А_1$	$Б_1$	$Б_2$	$Ц_2$
$А_1$	1.000			
$Б_1$	0.850	1.000		
$Б_2$	0.857	0.999	1.000	
$Ц_2$	0.772	0.836	0.845	1.000

Истовремено, релативне цене производа су стационарне, тако да нема сумње да оцењени коефицијенти корелације указују на припадност свих производа истом релевантном тржишту.[17] Но, пре него што наставимо анализу, потребно је објаснити шта значе концепти стационарности и коинтеграције серија података.

Европска комисија је први пут употребила коинтеграциону анализу ради дефинисања релевантног тржишта у случају *Gencor vs. Lonrho* 1997. године и нешто касније у случају *CVC vs. Lenzing*.[18] У

[15] Вид. IV/M.619 *Gencor/Lonrho*, O.J. L. 011, фн. 84.

[16] Наравно, постоји и квалитативна анализа производа која, такође, то исто потврђује, али је овде не наводимо да не би открити идентитет произвођача.

[17] Доказ за наведену тврдњу дајемо у Додатку овом чланку који се налази на Интернет адреси *http://www.ius.bg.ac.yu/prof/licna.asp?sifra LABMIR*. У Додатку су, такође, наведени резултати свих економетријских тестова и оцена одговарајућих модела.

[18] У случају *Gencor/Lonrho*, *ibid*., Комисија у тач. 53 наводи да је: „...настави ла са коинтеграционом анализом података о ценама платине, родиума и паладиума,

овом другом случају било је потребно проверити да ли су високи коефицијенти корелације између вискозних и полиестерских влакана заиста последица припадности истом релевантном тржишту или су резултат заједничког тренда који делује на обе серије података. Интересантно је навести да је Европска комисија у оба случаја сама спровела тест коинтеграције, за разлику од многих других економетријских тестова чије резултате су, по правилу, презентовале странке у поступку заштите конкуренције.

Нека серија података је стационарна ако се са протеком времена не мења њена средња вредност и варијанса (која мери променљивост података у серији). Супротно, ако серија није стационарна – значи мења се њена средња вредност и варијанса са протеком времена – вредности које узима променљива непрекидно расту (или падају) и све више одступају једне од других, односно од средње вредности. То значи да се серија налази под утицајем неког (нелинеарног) тренда одн. заједничког фактора раста (пада). Када се оцењује еластичност тражње или коефицијенти корелације између овакве две серије података, резултати могу да заварају, јер могу да буду последица утицаја скривеног заједничког фактора, а не чињенице да се производи налазе на истом релевантном тржишту.

Погледајмо слику 2 која се налази у одељку о благостању потрошача. На њој су уцртане цене свих производа. С протеком времена све цене падају, што значи да их гура надоле неки скривени заједнички фактор. Обратимо сада пажњу на слику 3, где су поред цена уцртане и количине производа за сваку робну марку посебно. На доњем левом графику, примера ради, уцртане су средње вредности за количине и цене. Линија стварних цена сече линију просечних цена само три пута зато што цене имају јасну тенденцију опадања. Код количина уцртана крива сече просечну вредност равно 22 пута. Након пар периода када су количине изнад просека, долази време да

као и ценама злата и сребра. Коинтеграциона анализа је економетријски метод који може да тестира да ли постоји систематски равнотежни однос (на дуги рок) између две или више серија података. Резултати анализе показују да подаци не сугеришу постојање било какве равнотежене (дугорочне) везе између наведених нивоа цена платине, родиума, паладиума, злата и сребра, нити између било којег ужег скупа ових метала. Ова анализа цене метала показује да цене платине, родиума, паладиума, злата и сребра имају тенденцију да независно варирају једне од других на дуги рок и стога потврђује став да платина, родиум, паладиум, злато и сребро образују посебна релевантна тржишта“. У случају *CVC vs. Lenzing* COMP/M2187 (2000), Комисија је применила *ADF* тест на релативне цене релевантних производа да би провери утицај заједничког тренда, као спољнег фактора, на формирање коефицијената корелације. Вид. *ibid*., фн. 83, у којој се шире објашњава коинтеграциона анализа. Овај тест је, међутим, могуће применити само ако су серије података интегрисане истог реда. Уколико то није случај, мора се ићи на примену *Johansen* овог метода мултиваријантне аутокорелације, S. Johansen, *Likelihood Based Inference in Cointe grated Vector Autoregressive Models*, Oxford University Press, Oxford 1995.

оне падају испод просека и да га у међувремену секу. После тога, поново се пењу, секу просек и иду изнад њега. И тако редом горе и доле од просека. Дакле, серија података о количинама је стационарна, јер се стално враћа на свој просек.

Као што смо навели, постојање нестационарности може да искриви оцену о корелацији између посматраних цена или о коефицијентима еластичности тражње. У нашем случају то није било тако, јер су релативни односи између цена били веома стабилни. Технички речено, све цене су интегрисане првог реда I(1), док су све количине интегрисане нултог реда I(0). Преведено на обичан језик, то значи да све продате количине временом осцилирају око средње вредности која се не мења, а да све цене непрекидно опадају и мењају своју средњу вредност, али да њихове стопе промена осцилирају око једне исте средње вредности. Пошто су за оцену коефицијената еластичности тражње неопходни и подаци о ценама и подаци о количинама, који имају различита својства интегрисаности, потребно је водити рачуна да статистичка оцена еластичности не буде погрешна.

Серије цена представљају пример да неке серије могу да буде стационарне након своје прве диференције ($P_t - P_{t\,1}$), чиме се елиминише утицај заједничког тренда. Прва диференција логаритамских података апроксимира њихове стопе раста. У том случају кажемо да је серија података интегрисана првог реда I(1). Дакле, серија је нестационарна у односу на нивое вредности својих података, али је стационарна са становишта одговарајућих стопа раста. Исто тако је могуће да су две серије нестационарне, али да је њихова линеарна веза стационарна. Најједноставнији пример овакве линеарне везе су релативне цене, односно односи цена два производа. У нашем случају све релативне цене посматраних робних марки представљају стационарне серије података. Због тога наше претходне оцене коефицијената корелације цена имају своју неопходну доказну снагу.

3. ОЦЕНА ЕЛАСТИЧНОСТИ ТРАЖЊЕ

Вратимо се сада на дефинисање релевантног тржишта. Још увек ништа не знамо каква је природа властите и унакрсне еластичности тражње, односно какви су односи супституције између релевантних производа. За то нам требају не само подаци о ценама, него и подаци о продатим количинама. Тек тада можемо да закључимо како реагују продате количине на промене цена, односно какве су биле реакције потрошача у погледу избора једног или другог производа са релевантног тржишта.

Претпоставимо за тренутак да су сви производи на релевантном тржишту потпуно истих квалитета и да потрошачи немају ни-

какве посебне склоности према неком од њих. Такви производи се називају хомогеним производима (једнородним или замењивим по врсти). Најпопуларнија функција тражње за једнородним производима има линеарни логаритамски облик:

(1) $$\ln Q_t \quad a \quad b \cdot \ln P_t + \varepsilon_t$$

где са Q_t обележавамо продате количине у времену t, са P_t цене у времену t, ln је израз за природне логаритме, док ε_t представљају компоненте тражње које нису објашњене функцијом тражње. Ове компоненте представљају део процеса који нам није познат и зато га третирамо као стохастичку величину[19]. Економетричари морају да усвоје неке претпоставке о природи овог процеса да би оценили параметре функције тражње (*a, b*). При оцени параметара функције тражње (*a, b*) морамо бити опрезни и увек проверавати да ли су те претпоставке испуњене у сваком конкретном случају.

Еластичност тражње јесте однос између процентуалне промене продатих количина и процентуалне промене цена. Она показује за колико процената се промени тражња, ако се за један проценат промени цена производа. Популарност горе наведене функције тражње лежи у два њена својства. Прво, дефиниција коефицијента еластичности тражње се своди на следећи једноставан облик:

(2) $$\eta = \frac{\partial \ln Q}{\partial \ln P} = -b$$

и друго, еластичност тражње је иста на било којој тачки функције тражње, што у другим случајевима није тако. Дакле, када оценимо линеарну логаритамску функцију тражње на основу конкретних података о продатим количинама и ценама, оцењени коефицијент (*b*) нам даје информацију о еластичности тражње. Оцењени коефицијент мора да има негативну вредност јер раст цена подразумева пад продаје роба да бисмо могли да говоримо о постојању функције тражње.

Ствари су мало сложеније када се ради о разнородним (нехомогеним или диференцираним) производима. Тада нам једна функција тражње није довољна, него се за сваки различити производ мора формирати одговарајућа функција тражње и водити рачуна да између производа постоји унакрсна еластичност тражње. Другим речима, интересује нас не само властита еластичност тражње (како продате количине Q_A робе A реагују на њену промену цена P_A), него

[19] Стохастички процес или процес генерисања случајних величина је пот пуно супротан детерминистичком процесу. Уместо да постоји само једна једина могућност како да се процес одвија у времену, стохастички процес је неодређен у погледу свог будућег кретања и све што можемо да урадимо јесте да претпоста вимо да постоји одређена вероватноћа размештаја његових елемената (по правилу на принципу нормалне расподеле). Чак и када су почетни услови познати, постоји много начина како даље процес да се развија, мада су неки од њих више вероватни, а други мање вероватни.

и унакрсна еластичност тражње (како те исте количине Q_A реагују на промене цене друге робе P_B).

У предметном случају ми смо спровели један тест еластичности супституције чије резултате наводимо на табели 2. Тест се заснива на *AIDS* (*Almost Ideal Demand System*) моделима тражње за диференцираним производима.[20] За сваку робну марку формира се по једна линеарна једначина тражње, која регресира цену тог производа и цене свих других робних марки према количинама посматраног производа. Осим тога, она садржи и варијабле које апроксимирају тражњу за широм групом производа у које спадају сви посматрани производи (секторски издаци). У основи ова спецификација система једначина тражње прати двоетапни систем одлучивања потрошача. Потрошачи, најпре, одлучују који ће део свог укупног дохотка да издвоје за целу групу производа, а потом, како ће да бирају који ће производ да купе унутар посматране групе производа. Цео систем једначина тражње смо оценили употребом *SUR* (*Seemingly Unrelated Regression*) регресионе технике. Унутар овог система једначина тражње унели смо ограничења на параметре засвована на тзв. *Slutsky* симетрији. Идеја је једноставна. Код унакрсне еластичности тражње разумно се претпоставља, на пример, да је иста еластичност тражње између робних марки $А_1$ и $Б_1$ у обе једначине тражње. Та претпоставка се примењује на сваки пар унакрсних еластичности између робних марки $А_1$ и $Б_2$, као и $А_1$ и $Ц_2$. Све што вреди за робну марку $А_1$ у односу на друге робне марке, вреди и за односе између осталих робних марки $Б_1$, $Б_2$ и $Ц_2$. Такође смо претпоставили да је ефекат секторских издатака исти код свих једначина тражње. И на крају, због високе аутокорелације регресионих грешака, увели смо посебне аутокорелационе коефицијенте. *Durbin-Watson* статистика је, након ове трансформације, била потпуно задовољавајућа. Коефицијент детерминације R^2 је био висок (од 0.74 до 0.93 за сваку посебну регресиону једначину), а оцена коефицијената еластичности је била сигнификантна.

[20] A. Deaton, J.Muellbauer, „An Almost Ideal Demand System“, *American Economic Review* 70/1980; J. Hausman, G. Leonard, J. D. Zona, „Competitive Analysis with Differenciated Products“, *Annales D'Economie et De Statistique* 34/1994. У нашем случају систем једначина тражње има следећи облик:

$$(3)\quad \begin{array}{l} \ln Q_{1,t} \quad a_1 \quad b_{11}\ln P_{1,t} + b_{12}\ln P_{2,t} + b_{13}\ln P_{3,t} + b_{14}\ln P_{4,t} + \gamma_1 \ln y_t + u_{1,t} + \varepsilon_{1,t} \quad , \; u_{1,t} \quad \rho_1 u_{1,t\ 1} + \upsilon_{1,t} \\ \vdots \\ \ln Q_{4,t} \quad a_4 \quad b_{4,1}\ln P_{1,4} + b_{4,2}\ln P_{2,t} + b_{4,3}\ln P_{3,t} + b_{4,4}\ln P_{4,t} + \gamma_4 \ln y_t + u_{4,t} + \varepsilon_{4,t} \quad , \; u_{4,t} \quad \rho_4 u_{4,t\ 1} + \upsilon_{4,t} \end{array}$$

где је производ $А_1$ представљен индексом 1, производ $Б_1$ индексом 2, производ $Б_2$ индексом 3 и производ $Ц_2$ индексом 4. Са y_t обележавамо секторске издатке по трошача, $u_{1,t}...u_{4,t}$ су аутокорелациони коефицијенти. Оцена параметара је изврше на под следећим ограничењима: b_{12} b_{21}, b_{13} b_{31}, b_{14} b_{41}, b_{23} b_{32}, b_{24} b_{42},b_{34} b_{43} и γ_1 γ_2 γ_3 γ_4. Оцене система једначина тражње наведене су у Додатку, *ibidem*.

Шта смо добили као резултат овог модела? Властита еластичност тражње робне марке A_1 у односу на промене сопствених цена је негативна и значајно већа од јединице (-4.138). То значи да се са сваким повећањем цена продаја робне марке A_1 драматично смањује. Ово доводи до ситуације да је укупан приход од продаје A_1 робне марке после повећања њене цене мањи, јер је пад продаје далеко већи него што је раст цена. Због повећања њених цена потрошачи прелазе на куповину конкурентских робних марки $Б_1$, $Б_2$ и $Ц_2$.

Међутим, ако се повећава цена конкурентне робне марке $Б_1$, потрошачи смањују њену куповину и враћају се на куповину робне марке A_1. Зато је унакрсна еластичност тражње за робном марком A_1 у односу на промену цена робне марке $Б_1$ позитивна (0.521). Постојање позитивне унакрсне еластичности тражње је доказ да постоји супституција између две наведене робне марке. Пошто је коефицијент унакрсне еластичности тражње мањи од јединице, потрошачи умерено реагују на промену цена конкурента.

Табела 2: Оцене еластичности тражње за производом A_1

Производ	Властита еластичност	Унакрсна еластичност у односу на промену цена производа:		
		$Б_1$	$Б_2$	$Ц_2$
A_1	-4.138 (0.409)	0.521 (0.343)	0.803 (0.363)	2.662 (0.419)

Стандардне грешке су у заградама.

У оваквој ситуацији тактика повећања цена не даје добре резултате ни за једног конкурента. Обрнута тактика смањења цена би била боља. Међутим, њена примена има своје границе. Ако се цене смањују испод просечних трошкова, конкуренти улазе у губитке. Једно време они могу да поднесу те губитке, али се после одређеног тренутка поставља питање промене продајне стратегије. Та промена стратегије може да брине КЗК, јер може да доведе до битног нарушавања конкуренције, али то ћемо анализирати нешто касније.

Не постоји само конкуренција унутар једне класе робних марки. Постоји и конкуренција између производа који припадају различитим класама по квалитету, изгледу или прихватљивости производа, али ипак задовољавају исту потребу. Унакрсна еластичност тражње за A_1 робном марком у односу на промену цена лошије робне марке $Б_2$, коју производи исти произвођач као у случају производа $Б_1$ је, такође, позитивна и нешто више него у претходном случају, али још

увек нижа од јединице (0.803). То значи да између производа које нуде произвођачи А и Б постоји умерена супституција. Насупрот томе, супституција у односу на другу лошију робну марку $Ц_2$ је и позитивна и веома висока (2.662). Како између робних марки $Ц_2$, $Б_1$ и $Б_2$ постоји, такође, супституција, то значи да на целом релевантном тржишту постоји значајна конкуренција[21]. Негативна властита еластичност тражње за робном марком $А_1$ и позитивна унакрсна еластичност тражње са свим осталим робним маркама говори о томе да они сви заједно образују једно јединствено релевантно тржиште.

Да закључимо. Оцене еластичности тражње упућују на закључак да се ради о диференцираним робама које припадају истом релевантном тржишту, јер између њих постоји значајна супституција. Вештачка подела релевантног тржишта на два сегмента и третирање само сегмента продаје $А_1$ производа онемогућава да се утврди стварни ефекат ММЦ на стање конкуренције. Због тога оцена о апсолутној забрањености ММЦ не само да је погрешна, него може да буде потпуно ирелевантна за односе конкурената и за ниво благостања потрошача.

4. КОНКУРЕНЦИЈА УНУТАР ЈЕДНЕ РОБНЕ МАРКЕ

Тачно је да постојање ММЦ смањује конкуренцију унутар појединачне робне марке. Међутим, ММЦ не морају у потпуности да искључе овакву конкуренцију. У нашем примеру конкуренција између трговаца код продаје робне марке $А_1$ није у потпуности искључена, али је далеко мања, него што је конкуренција између робних марки. Иако су биле одређене као ММЦ, цене производа $А_1$ у доста дугом периоду код трговаца на мало (I,...,V) су варирале у распону 1.6% +/-0.03%. Ово је доста мали распон да бисмо говорили о значајној конкуренцији трговаца унутар робне марке $А_1$.

Зашто, ипак, постоје разлике, иако је произвођач А водио исту политику цена? Одговор треба тражити у величини продаје. Нису количине продате робне марке $А_1$ биле исте код свих трговаца на мало. У преговорима око цена, трговци са већом продајном мрежом имају могућност да траже количинске попусте, који су уобичајена пословна ствар. Због тих попуста, они су у могућности да нешто смање цену и да буду конкурентнији у односу на мање продавце. Међутим, у начелу постоји могућност обрнутог понашања и да трговци са већом тржишном моћи продају по већим, а не нижим ценама.

[21] Тренутно нас овај део односа између других робних марки не интересује и зато не оптерећујемо анализу тим додатним информацијама. Вид. за детаље До датак, *ibid.*

Зато у сваком конкретном случају ваља узети у обзир не само тржишну моћ произвођача, него и тржишну моћ трговаца. У конкретном случају трговци са већом тржишном моћи су продавали по нешто нижим ценама у односу на конкуренте и нису искористили свој тржишни положај.[22] Наравно, то не мора да буде генерално правило.

Ваља, међутим, разумети зашто произвођачи прибегавају политици увођења ММЦ. Када су релевантни производи скупљи и када су разлике у малопродајним ценама велике, произвођачи се сусрећу с проблемом одржавања широког портфеља продајних места. Трговци који наплаћују више цене имају мањи промет. Обично се каже да купци долазе код њих да разгледају производе и да прикупе све неопходне информације о њима како би се одлучили за своју куповину. Међутим, ту куповину обаљају на другом месту где је цена нижа. Што је већа разлика у ценама, то је овакав образац понашања купаца шире присутан. Због тога продавци или траже веће марже или скидају производе са својих полица и замењују их другим производима који се више купују.

Постоји, наравно, и могућност смањења цена и повећања продаје, што би довело и до већег промета и до пораста благостања за потрошаче. Реакција продаваца није увек таква. Обука продајног особља, одржавање квалитетног продајног простора и реклама производа коштају. Често је то разумна препрека за један број трговаца да би обарали цене унутар једне робне марке и такмичили се са другима којима атрактивност продајног простора или квалитетно продајно особље нису приоритети. Уз то постоји *free riding* („слепи путник“) проблем. Зашто би један трговац рекламирао нове производе, а други трговац бесплатно користио погодности такве рекламе? У сваком случају пре коначне одлуке ваља проверити да ли су ови трошкови оправдани или су цене наметнуте тржишном снагом продаваца.

Само постојање оправданих разлика у трошковима продаје и фактичких препрека да се уједначе цене на нивоу продавца који продаје по најнижим ценама, поставља питање који је критеријум заштите конкуренције – да се повећа благостање потрошача или да се повећа укупно благостање које подразумева збир потрошачког и произвођачког вишка? О овом питању ћемо говорити у наредном одељку.

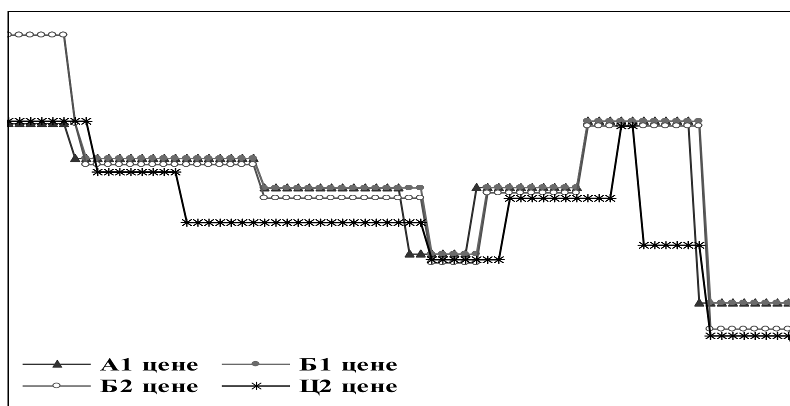
---

[22] Ово вреди под претпоставком да је ефикасност свих трговаца слична и да имају сличне функције трошкова. Ми нисмо имали податке да бисмо проверили ову претпоставку и зато смо истакли да наведени став не мора да представља генерално правило.

5. БЛАГОСТАЊЕ ПОТРОШАЧА

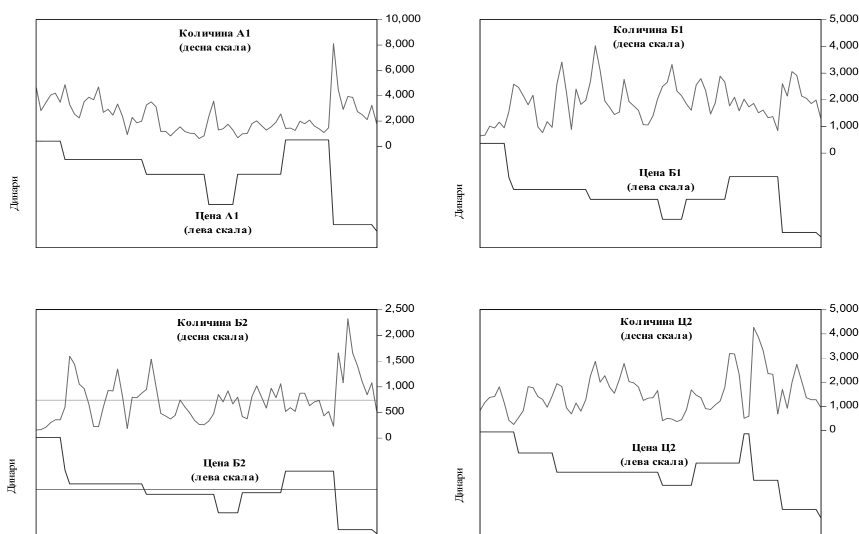
Благостање потрошача је основни, мада не и једини циљ заштите конкуренције. Благостање потрошача, *ceteris paribus*, зависи од цена. Слика 2 приказује кретање свих цена на релевантном тржишту. Већ смо истакли да су цене нестационарне величине и да постоји скривени заједнички тренд који их обара. Са становишта технике одређивања цена, видимо да су се цене мењале повремено, након чега је постојао један краћи период њихове стабилности. Профил промене цена је имао каскадни облик. Ако посматрамо кретање цена произвођача А можемо да уочимо постојање седам каскада. У шест од седам случајева цене су ишле надоле. Једини изузетак је шеста каскада када су сви произвођачи подигли цене. То је период који рађа сумњу да је дошло до прећутног формирања картела. У седмом периоду, међутим, настављена је конкуренција ценама која је довела до њиховог даљег обарања.

Када цене падају расте благостање потрошача. Што се тиче купаца производа А, који нас посебно занима због ММЦ, у првих пет периода видимо да постоји обарање њихових цена, али истовремено полако падају продате количине. Тај пад се не дугује промени њихових цена, него конкурентским односима на тржишту. Други произвођачи, а посебно произвођач Ц, су имали ниже цене чиме су преузимали један део тржишта од произвођача А. У шестој каскади цене $А_1$ су нагло порасле. Међутим, то се није битније одразило на продате количине. У седмој каскади дошло је до наглог обарања ММЦ, што је имало непосредан позитиван ефекат на обим продаје. Касније, пак, продаја се полако смањује јер је све више деловао ефекат супституције других робних марки.



Слика 2: Цене производа

Информације о ценама инпута не упућују на закључак да су смањени производни трошкови формирали заједнички тренд обарања цена. Општи тренд пада реалних плата, такође, није постојао тако да је тешко претпоставити да су плате пале само у тој делатности. Ни тражња се није генерално смањивала у посматраном периоду. Преостаје једини логични закључак да је конкуренција између робних марки формирала заједнички тренд обарања цена. То потврђују и додатне информације о постојању честих промотивних продаја. Због свега тога не може да се тврди да су ММЦ код једног од конкурентских производа смањивале благостање потрошача, односно да су битније нарушавале конкуренцију на целом релевантном тржишту.[23]



Слика 3: Цене и количине на релевантном тржишту

6. ДИНАМИЧКИ ОДНОСИ

Постојање ММЦ на тржишту монополистичке конкуренције увек рађа сумњу да ће ова врста ограничења довести до формирања картела. Контрола малопродајних цена ствара информативни и комуникациони систем који погодује лаком закључивању договора између

[23] Наравно, било би идеално када бисмо могли да упоредимо односе конку рената један период пре увођења ММЦ, са периодом у коме су ММЦ деловале, уз контролу свих осталих релевантних чинилаца. Нажалост, податке за оваку анализу немамо. Уз то, наше информације говоре да је произвођач А увео ММЦ далеко пре него што су односи на релевантном тржишту постали предмет интересовања КЗК.

конкурената да се ограничи конкуренција ценама. Највећи број приговора против ММЦ управо истиче постојање ове опасности. Ми смо свесни те могућности, али не сматрамо да она аутоматски наступа. Околности тржишне конкуренције могу да буду такве да не допуштају формирање картела, чак и у присуству ММЦ.

Монополистичка конкуренција није исто што и савршена конкуренција.[24] Код монополистичке конкуренције промена цена једног конкурената изазива реакцију свих осталих конкурената, што приморава иницијатора промена да се и сам прилагоди насталим реакцијама на тржишту. Зато кажемо да су односи између конкурената стратешки односи. На тржишту потпуне конкуренције такви стратегијски односи не постоје. Тамо конкуренти само воде рачуна о тржишној цена (која је за њих дата величина) и игноришу реакције других конкурената. Ако хоћемо на неки начин да моделирамо односе на тржишту монополистичке конкуренције, онда морамо да пратимо повратне утицаје једних конкурената на друге и да проценимо шта ће се десити ако неко поведе рат ценама или, пак, сви конкуренти покушају да се договоре о ценама.

Ови односи конкуренције су динамички односи и захтевају формулисање динамичког модела из кога неће само да се извлаче закључци о „историји“ конкуренције, него ће моћи, такође, да се предвиђа „будућност“ тих односа. Постојање нестационарности цена мало компликује целу ствар, али употреба одговарајућих економетријских техника може много да помогне. Ми ћемо на један врло једноставан начин да илуструјемо целу идеју.

Када се посматра кретање неке цене на тржишту често се може доћи до закључка да постоји историја формирања те цене, која може да помогне да објаснимо зашто се она налази на садашњем нивоу. Из периода у период цене се мало мењају тако што увек додају мале, маргиналне промене на свој претходни ниво. Наравно, могући су и периоди када се цене значајно мењају. Тада кажемо да је неки јак спољни шок померио навише или наниже ниво цена. На пример, нагли скок цена нафте може да изазове исте такве промене код цена производа чији трошкови значајно зависе од енергије или користе нафту као сировину за производњу. Имајући то у виду можемо да поставимо следећи једноставан модел формирања цена:

Данашња цена = Фактор инерције • Јучерашња цена + Фактор изненађења

или формално написано:

[24] Вид. A. Dixit, J. Stiglitz, „Monopolistic Competititon and Optimum Product Diversity“, *American Economic Review* 67/1977.

(4) $$P_t \quad \rho \cdot P_{t \ 1} + \varepsilon_t$$

при чему цене обележавамо са P_t, време обележавамо са t, фактор инерције са ρ, а ε_t је фактор изненађења (шок), односно укупан утицај свих оних непознатих чинилаца који одређују цене, а нису укључени у модел којим желимо да их објаснимо. Ми те факторе по правилу не знамо, али је могуће, под одређеним претпоставкама, да се економетријски оцени утицај фактора инерције и процени колика је величина грешке у таквом предвиђању цена. Након мале алгебарске манипулације, почетни модел може да се преформулише на следећи начин:[25]

Данашња цена = Почетни ниво цене +
Збир свих историјских шокова

или

(5) $$P_t \quad \rho^t \cdot P_0 + \rho^{t \ 1}\varepsilon_1 + ... + \rho \cdot \varepsilon_{t \ 1} + \varepsilon_t$$

Како ово протумачити? Замислимо да хоћемо да направимо модел који објашњава како смо се попели из приземља на први спрат зграде Правног факултета. Наш положај на првом спрату је збир почетног положаја у приземљу и свих шокова које наше тело доживи пењући се с једног на други степеник. За неког посматрача са стране сасвим је нормално да очекује да ћемо се по инерцији пењати степеник по степеник. То, међутим, не мора увек да се деси. Неизвесно је да ли ћемо променити брзину пењања, да ли ћемо издржати цео пут или ћемо почети да прескачемо степенике. Наравно, посматрач са стране све то може да процени – и он то по правилу ради – али његова процена увек садржи неку грешку. Ако је грешка толерантна, он увек може да предвиди како ћемо да реагујемо на његове подстицаје или шокове, рецимо, ако проспе воду по степеницама. За нас би таква акција представљала непредвидљиви шок који би морао да утиче на наше кретање. Највероватније би се брзо прибрали и наставили опрезније да се пењемо. За посматрача са стране је битно да процени нашу реакцију да би и сам могао да се припреми за њу...

Овај једноставан модел има далекосежна корисна својства. Ако добро оценимо модел формирања цена на основу њихове историје, можемо предвидети како ће се цене кретати под утицајем неког непредвидивог шока, чак и када теоријски не можемо да објаснимо све факторе који одређују цене. За учесника у монополистичкој конкуренцији то је од изузетне важности. Промена цена једног конкурента производи шок на остале конкуренте. Они ће сигурно реаговати иако не морају да знају какву структуру трошкова има свако од њих. За конкурента који је изазвао промене на тржишту важно је да процени њихову реакцију, јер од ње зависи његова сопствена одлука

[25] P. Davis, E. Garcés, *Quantitative Techniques for Competition and Antitrust Analysis*, Princeton University Press, Princeton Oxford 2010, 178.

– да ли да мења своју ценовну политику или како да је мења, ако се одлучи за промене.

Овде се мора ставити још једна напомена о величини фактора инерције. Ако је он једнак јединици, ρ = 1, тада постоји пуна инерција, односно једном формирани шок непрекидно делује, без обзира колико је прошло времена од његовог појављивања. Његов утицај никада не нестаје, а процес коме одговара формирана серија цена се назива „случајни ход" (*random walk*) и представља пример нестационарне серије, о чему смо већ говорили. Ако, пак, постоји, делимична инерција, ρ <1, утицај било ког шока нестаје са протеком временом. Што је фактор инерције мањи, то ће брже да нестане поремећај изазван појављивањем неког шока. Кажемо тада да је серија података стационарна.

Горњи једноставан модел формирања цена (4) лако је проширити на сложенији модел у који ће се укључити цене и количине свих учесника на релевантном тржишту. Тако добијамо ауторегресивни модел (*Vector-Autoregressive* или *VAR* модел), у коме постоје међусобни утицаји конкурената и њихове повратне реакције на релевантном тржишту.[26] Сходно изразу (5), све цене се могу изразити као збир (i) иницијалних цена и продатих количина и (ii) шокова које су те цене и количине доживеле од почетка до краја посматраног периода. У нашем случају проблем праве серије цена које су нестационарне. Ипак, цео модел задовољава услове стабилности јер су серије разлика између цена у суседним периодима $P_t – P_{t\ 1}$ код свих робних марки стационарне. Интуитивно објашњење је да на релевантном тржишту постоји делимична инерција када се заједно посматрају цене и количине производа.

Када смо оцењивали систем једначина тражње (3) на левој страни једнакости су се налазиле продате количине (као зависне варијабле). На десној страни једначина су се налазиле цене и вредност секторских издатака (као независне величине). Из оцењених регресионих коефицијената могли смо да закључимо каква је еластичност тражње и то смо приказали на табели 2. Нови *VAR* мо-

[26] W. H. Green, *Econometric Analysis*, Prentice Hall, Inc., New Jersey 2002[4]. Детаље модела смо објаснили у Додатку, *ibid.* Модел са само једним временским помаком и без секторских издатака приказујемо на овом месту:

$$
(6)\quad
\begin{array}{lllllllllll}
\ln P_{1,t} & a_{1,0} & & + a_{1,2}\ln P_{1,t\ 1} & + a_{1,3}\ln Q_{1,t} & + a_{1,4}\ln Q_{1,t\ 1} & \cdots + a_{1,14}\ln P_{4,t} & + a_{1,15}\ln P_{4,t\ 1} & + a_{1,16}\ln Q_{4,t} & + a_{1,17}\ln Q_{4,t\ 1} & + \varepsilon_{1,t} \\
\ln Q_{1,t} & b_{1,0} & + b_{1,1}\ln P_{1,t} & + b_{1,2}\ln P_{1,t\ 1} & & + b_{1,4}\ln Q_{1,t\ 1} & \cdots + b_{1,14}\ln P_{4,t} & + b_{1,15}\ln P_{4,t\ 1} & + b_{1,16}\ln Q_{4,t} & + b_{1,17}\ln Q_{4,t\ 1} & + \upsilon_{1,t} \\
\vdots & & \vdots & \vdots & \vdots & \vdots & \cdots\ \vdots & \vdots & \vdots & \vdots & \vdots \\
\ln P_{4,t} & a_{4,0} & + a_{4,1}\ln P_{1,t} & + a_{4,2}\ln P_{1,t\ 1} & + a_{4,3}\ln Q_{1,t} & + a_{4,4}\ln Q_{1,t\ 1} & \cdots & + a_{1,15}\ln P_{4,t\ 1} & + a_{1,16}\ln Q_{4,t} & + a_{1,17}\ln Q_{4,t\ 1} & + \varepsilon_{4,t} \\
\ln Q_{4,t} & b_{4,0} & + b_{4,1}\ln P_{1,t} & + b_{4,2}\ln P_{1,t\ 1} & + b_{4,3}\ln Q_{1,t} & + b_{4,4}\ln Q_{,t\ 1} & \cdots + b_{4,14}\ln P_{4,t} & + b_{4,15}\ln P_{4,t\ 1} & & + b_{4,17}Q_{4,t\ 1} & + \upsilon_{4,t}
\end{array}
$$

дел је општији модел који у себи садржи и претходни модел цена као једну своју подврсту.[27] У новом моделу све су цене и количине међусобно зависне величине. И сада можемо да закључимо каква је властита и унакрсна еластичност тражње, али је она условљења висином других варијабли у моделу. Зато се такви коефицијенти називају „условном еластичношћу тражње". Дакле, и даље постоји утицај еластичности тражње, али навођење тих коефицијената не даје једноставну информацију о супституцији између свих производа. Уместо тога много је корисније да се изведе експеримент шта ће се десити ако неки производ доживи неочекивани шок, односно ако његов произвођач ненајављено спусти или подигне своју цену. Функције које описују реакције свих других цена и продатих количина се називају „импулсне функције" и оне могу графички да се прикажу на одговарајућим дијаграмима. Анализом импулсних функција можемо да закључимо какви су односи конкуренције на релевантном тржишту.

7. ПОКУШАЈ ФОРМИРАЊА КАРТЕЛА

Када се посматрају динамички односи конкуренције, увек је интересантно питање ко је лидер у одређивању цена, јер он диктира динамику целе тржишне утакмице. Интересантна је околност да у предметном случају лидер у одређивању цена није био највећи конкурент, него произвођач А који је био други по величини конкурент. Самим посматрањем цена није било могуће извести овакав закључак. Зато смо спровели један статистички тест узрочности „у смислу *Granger*" који је недвосмислено потврдио наведени закључак.[28]

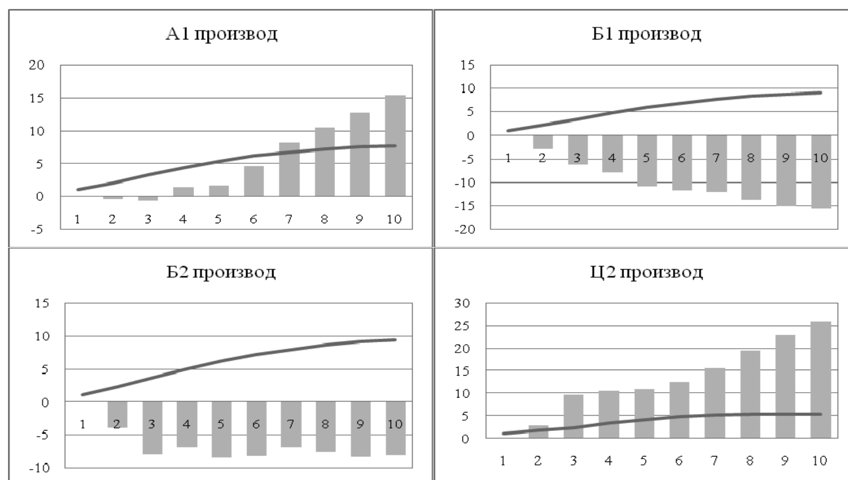
Дакле, тржишну утакмицу је водио произвођач А, а остали су се прилагођавали његовим потезима и приморавали га да и он сам води рачуна о томе. Међутим, сасвим је било могуће да су сви конкуренти једног тренутка проценили да им тржишна утакмица обара

[27] Његовом оценом, уз постављање одговарајућих ограничења на регресионе коефицијенте, можемо да репродукујемо претходни модел.

[28] *Granger* је крајем шестдесетих година дефинисао концепт „узрочно сти у смислу *Granger*", C. Granger, „Investigating Causal Relations by Econometric Models and Cross Spectral Methods", *Econometrica* 52/1969, а заједно са *Engle* ом крајем осамдесетих година дефинисао концепт коинтеграције, R. Engle, C. Granger, „Cointegration and error correction: Representation, estimation and testing", *Econometrica* 55/1987. Због тих доприноса поделили су 2003. године Нобелову награду за економију. Европска комисија је први пут применила *Granger* тест узрочности у случају *Mannsnann/Vallourec/Ilva* половином деведесетих година [IV/M315, 1994, O.J.L 102/15]. У литератури постоји скептицизам колико је могуће користити овакву врсту статистичког теста за дефинисање релевантног тржишта, вид. S. Bishop, M. Walker, *ibid.*

приходе и да им је профитабилније да се изричито или прећутно договоре о политици цена. Такав договор образује картел који је законом забрањен, а који је штетан за потрошаче.[29] Ако пажљиво погледамо слику 2 приметићемо да су сви конкуренти једног истог дана у размаку од пар сати подигли цене. Кретање цена је имало каскадни облик, а у посматраном периоду је било седам таквих каскада. Шок се догодио у шестој каскади цена. Међутим, повећани ниво цена није дуго трајао и седма, нижа каскада цена је убрзо заменила претходну, шесту каскаду цена. Како се чини, произвођачи су имали намеру да образују прећутни картел, али су брзо одустали од тога.

Један разлог се налази у реакцији јавности и претњама да ће држава да реагује из робних резерви. Та реакција је изостала, али прећутни картел није опстао. У јавности се стекао утисак да се картел распао, јер се појавио још један конкурент, произвођач Д са робном марком $Д_2$, која је по свом квалитету заостајала иза робне марке $Ц_2$ и због тога имала убедљиво најнижу цену. По нашем уверењу појава новог конкурента је убрзала распадање картела, док се фундаментални разлози зашто се картел распао налазе на другој страни. Квалитет понуде производа $Д_2$ и њен обим, сами по себи, нису били довољни да разбију картел.



Слика 4: Симулација последица картелског подизања цена; цене су представљене линијама, а количине стубићима

[29] КЗК је реаговала на време, али није пронашла неопходне доказе за ову тврдњу. Морамо нагласити да формалноправно посматрано картел никада није постојао. Економска анализа, напротив, рађа сумњу у овакву оцену.

Наш аргумент полази од симулације тржишта на бази претпоставке да су сви произвођачи једновремено подигли цене за једну јединицу. Резултати такве симулације су приказани на слици 4. Прилагођавање релевантног тржишта на ове спољне шокове има динамички карактер и одвија се из периода у период. Оно зависи како од дугорочних еластичности тражње, тако и од краткорочне еластичности тражње и повратних веза између цена и количина. Дугорочне везе образују равнотежу на релевантном тржишту, а краткорочне везе механизам за прилагођавање који доводи до поновног успостављања равнотеже уколико тржишни систем буде избачен из равнотеже под дејством неког спољнег шока.

Динамичка симулација тржишта одвија се на следећи начин. У првом периоду сви су подигли цене за исти релативни износ. У другом периоду њихове цене и количине су се прилагодиле иницијалном шоку. Видимо да је пораст цена код свих производа био у границама двоструке вредности иницијалног шока. Продате количине су, наравно, одмах опале, али њихов пад није био исти за све робе. Произвођач Б је за обе своје робне марке имао већи пад продаје, него произвођачи А и Ц, јер су коефицијенти еластичности тражње различити између роба. Крајњи резултат је био да су робе $Б_1$ и $Б_2$ бурније реаговале на пораст цена, него робе $А_1$ и $Ц_2$.

У трећем периоду смањене продаје произвођача Б изазивају бржи пораст њихових цена, него цена конкурената. Произвођач А благо подиже цене, али има даљи благ пад продаје. Међутим, ствари се мењају на сегменту продаје робне марке $Ц_2$. Унакрсна еластичност почиње да делује. Због нижег раста цена производа $Ц_2$, потрошачи почињу да прелазе на његову куповину. Тако бележимо једновремено и раст продаје и раст цена код овог производа.

У четвртом периоду односи супституције између робних марки почињу јаче да делују. Раст цена робе $Б_1$ и $Б_2$ даље смањује њихову продају, али нижи раст цена код конкурената А и Ц доводи до пораста њихове продаје. Ако се ови односи наставе у петом и шестом периоду видимо да произвођачи А и Ц профитирају од политике подизања цена, а да произвођач Б губи и то на оба своја сегмента. Очигледно је да више не постоје заједнички интереси да се води политика пораста цена. На слици 4 уцртали смо десет периода прилагођавања, али у пракси цео тај процес траје много краће. У сваком случају, под постојећим околностима, он је морао да доведе до распада прећутног картела.

Интуитивно објашњење целог процеса прилагођавања релевантног тржишта је очигледно. Ако цене свих производа порасту за исти проценат, а потрошачки издаци за том групом производа не

опадну у истој мери, унутар групе производа мора доћи до промене релативних односа. Производ који је био најјефтинији има шансе да привуче купце других производа, иако је и његова цена порасла. Оно што ћемо као посматрачи да забележимо је раст цена и раст продаје код тог производа. На другој страни, код других роба супститута, њихов раст цена ће бити повезан са падом продаје. То вреди и за познате робне марке које не могу да сачувају лојалност купаца ако су њихове цене знатније порасле као последица картелског договора.

Симулација односа конкурената након заједничког подизања цена недвосмислено указује на њихове противречне економске интересе. Било је само питање тренутка када ће се, и како, распасти картел. Прећутни картел се распао због промене политике цена произвођача Ц, а не произвођача А, који је до тада био лидер у одређивању цена. Произвођач Ц је био забринут због најаве да ће се на тржишту појавити њему блиски супститут и одмах је снизио своју цену и пре него што се то догодило. Обарање његових цена, међутим, повукло је реакцију других произвођача који су, такође, оборили своје цене и пре него што је нови конкурент могао да их угрози. Тако је обновљена привремено заустављена конкуренција ценама. Цене су наставиле да падају све до краја посматраног периода.

Као што смо већ рекли, предметни случај ММЦ пред КЗК још увек траје, али није административни поступак заштите конкуренције променио односе на релевантном тржишту, него конкуренција произвођача. До данас су се појавиле још две приватне робне марке слабог квалитета и ниских цена. Тај сегмент тржишта је ојачао због пада куповне моћи становништва. На горњем сегметну квалитетнијих производа појавиле су се нове робне марке далеко квалитетније и скупље. Што год КЗК да одлучи у предметном случају, одлука ће бити закаснела и без утицаја на релевантно тржиште. Ипак, овај случај је важан јер јасно илуструје потребу да се промени регулатива о ММЦ.

8. ПРАВНА ПРОЦЕДУРА

Економска анализа нам је дала до сада довољно разлога да посумњамо у исправност аутоматске ништавости уговорних одредби о ММЦ. Пређимо сада на правну анализу. Наш Закон о заштити конкуренције заснива се на чл. 81 Уговора о оснивању ЕУ; наша Уредба о блок изузећима код вертикалних споразума заснива се на одговарајућој Уредби о вертикалним споразумима Европске комисије, а мишљење наше КЗК о ММЦ на одговарајућем упутству Европске

комисије.[30] На први поглед све је исто, а није. Пођимо од европског права.

У Европској унији први пропис који се примењује на вертикалне споразуме јесте Уредба о вертикалним споразумима (*Commission Regulation on Vertical Agreements*). Ако су испуњени одређени услови, ова Уредба се директно примењује на ослобађање одређених категорија споразума од одговорности за нарушавање конкуренције. Са становишта одређивања продајних услова, то су одредбе о максималним и препорученим малопродајним ценама. Одредбе о препорученим ценама које су праћене санкцијама или повластицама се третирају на исти начин као и одредбе о минималним малопродајним ценама или о фиксним ценама. Ове одредбе представљају недопустиве „црне клаузуле" (*hardcore restrains*) које у сваком случају спречавају да тржишни учесници буду ослобођени од одговорности, независно од тога колико мало може да буде њихово тржишно учешће на релевантном тржишту.[31]

Да ли то значи да су „црне клаузуле" противзаконите и да представљају основ за проглашавање ништавости читавог уговора? Не, не значи.[32] Правне последице присуства „црних клаузула" су у томе да тржишни учесници губе повластице које им пружа Уредба о вертикалним спораѕмима. Питање законитости регулише Уговор о оснивању ЕУ, а не Уредба о вертикалним споразумима.

Када се установи постојање „црне клаузуле" поступак није завршен. Споразуми са „црном клаузулом" потпадају под примену чл. 81, ст. 1 Уговора о оснивању ЕУ. Тиме се формира претпоставка да се ради о битном нарушавању конкуренције. Учесник на тржишту, међутим, има право да доказује да постоје разлози „ефикасности" чији су ефекти већи од ефеката нарушавања конкуренције. Тиме учесник на тржишту стиче право да се позива на примену чл. 81, ст. 3 и да по том основу тражи изузеће. Ако поступак уђе у ову фазу,

[30] Чл. 81 Уговора о оснивању ЕУ је постао чл. 101 у Консолидованим верзијама Уговора о ЕУ и Уговора о функционисању ЕУ (Лисабонски уговор), *Consolidated Versions of the Treaty of European Union and the Treaty of the Functioning of European Union*, O.J.C. 115/01, 2008; даље, уредба *Commission Regulation No. 2790/1999 on the Application of Article 81(3) of the Treaty to categories of vertical agreements and concerted practices*, O.J. 336/21, 1999 замењена је 20.04.2010. године новом уредбом са истим називом, No. 330/2010 објављеном O.J. L.102,2010; претходно упутство за спровођење блок изузећа смо навели у фн. 10, а ново упутство вид. на адреси *http:// ec.europa.eu/competition/consultations/2009/vertical agreements/draft notice en.pdf*. Мишљење наше КЗК је наведено у фн. 13.

[31] У начелу, учесници на тржишту који имају тржишно учешће мање од 30% се квалификују за ослобађања, под условом да немају „црне клаузуле".

[32] Видети E. Gippini Fournier, *ibid*. *Gippini Fournier* је, иначе, члан правне службе Европске комисије у Бриселу.

на Европској комисији (или националном поступајућем органу) је да утврди негативне ефекте нарушавања конкуренције и да их упореди за позитивним ефектима повећања ефикасности. То је основ за доношење „образложене“ одлуке да се казни или да се ослободи од одговорности тржишни учесник.[33]

Ваља напоменути да шансе за ослобађање према чл. 81, ст. 3 Уговора о оснивању ЕУ нису велике, уколико претходно учесник на тржишту није могао да користи погодности Уредбе о вертикалним споразумима. Формалноправно, ове шансе ипак постоје. Европска комисија не сме једноставно да претпостави да негативни ефекти постоје или чак да су већи од позитивних ефеката. Она то мора да утврди. То уједно илуструје примену принципа „образложења“ чак и у случају ММЦ.

Према нашем Закону, поступак је другачији. Најпре чл. 10 (еквивалент чл. 81, ст. 1 Уговора о оснивању ЕУ) одређује шта су забрањени споразуми, у које спадају сви споразуми којима се „непосредно или посредно утврђују куповне или продајне цене или други услови трговине“. Затим, чл. 11 (еквивалент чл. 81, ст. 3 Уговора о оснивању ЕУ) говори о условима под којима рестриктивни споразуми могу бити изузети од одговорности за нарушавање конкуренције. Он се примењује како на појединачна изузећа тако и на блок изузећа споразума по врстама. На крају – кумулативно – додају се услови за блок изузећа на тај начин што чл. 13 овлашћује владу да их специфицује у погледу врста, садржине и трајања споразума:

> „Изузеће од забране рестриктивног споразума може да се односи на одређене категорије споразума, уколико су испуњени *услови из члана 11*. овог закона, *као и други посебни услови* који се односе на *врсту* и *садржину* споразума, односно *дужину његовог трајања*“ (нагласио аутор).

„Други посебни услови“ су наведени у Уредби о блок изузећима код вертикалних споразума. Суштина је да су кумулативно наведени (i) услови садржани у Закону и (ii) други посебни услови садржани у Уредби. Како је формулисан чл. 13 Закона ту нема дилеме у погледу тумачења. Ако је то тако, а јесте, онда су последице далекосежне. С формалноправне тачке гледишта одредбе о ММЦ се аутоматски проглашавају ништавим, али не на бази Закона, него на бази Уредбе. Због тога није уопште потребно да се неко позива на Закон и чл. 11. Довољно је да докаже да услови из Уредбе нису испуњени. А услови из Уредбе нису испуњени, ако се докаже да постоје „црне клаузу-

---

[33] Вид. тач. 62 претходног *Guidelines on Vertical Agreements* и тач. 47 његове нове верзије, *ibid.* Суштина упутства је остала иста, али је нова верзија много јаснија. Сада више нема никакве сумње да у ЕУ не постоји аутоматска ништавост у случају ММЦ.

ле" у споразумима између тржишних учесника. Тиме се одредбе о ММЦ третирају као забрањене у сваком случају (*per se*) и нема потребе да се истражује релевантно тржиште и да се процењују ефекти ограничења конкуренције, као ни ефекти подизања ефикасности. Одлука се доноси много једноставније и без много дилема.

Оваква правна конструкција покреће питање законитости аутоматске ништавости клаузула о ММЦ. По нашем уверењу постоје два сумњива аргумента у прилог одржавања ове законитости. Прво, сам Закон овлашћује Владу да она, а не Парламент, специфицује под којим се условима додељује изузеће од забране рестриктивних споразума. То подразумева и могућност модификовања основних решења садржаних у Закону. По нашем мишљењу, то није пример добре законодавне праксе.

Друго, могуће је широко заједнички тумачити Закон и Уредбу као што то чини КЗК:

> „Споразум којим се ограничава право купца да утврђује властите продајне цене не може бити изузет од забране у смислу одредаба Закона о изузимању од забране. Наметање ове обавезе купцу представља *ограничење које ниједан вертикал ни споразум не сме да садржи* (нагласио аутор). Стога је чланом 14. Закона прописано да чак ни споразуми мањег значаја не могу бити дозвољени ако је циљ вертикалног споразума одређивање цена, односно подела тржишта".[34]

По нашем мишљењу уопштавање чл. 14 *Закона* није на месту, јер се он искључиво односи на споразуме мањег значаја и не одређује постојање или непостојање законитости рестриктивних споразума са ММЦ клаузулама. Овај члан само каже да постојање „црних клаузула" у вертикалним споразумима искључује погодности које пружају споразуми мањег значаја. Ништа више од тога. Да ли ће неки рестриктивни споразум бити изузет од забране, зависи од чл. 11 Закона, а не од *de minimis* клаузуле. За то је, међутим, потребно спровести одговарајућу процедуру и тек на основу ње донети закључак. Формалноправна процедура заснована на аутоматској ништавости може да буде потпуно погрешна са становишта економске ефикасности, као што смо показали у анализираном примеру.

9. ЗАКЉУЧАК

Цела ова анализа показује да увођење ММЦ не мора аутоматски да доведе до пада благостања потрошача или до нарушавања конкуренције на целом релевантном тржишту. Тиме дајемо аргумент

[34] КЗК, *ibid.*

у прилог потреби да се промени регулатива о заштити конкуренције и начело „аутоматске ништавости" замени начелом „образложене одлуке" код уговора са ММЦ клаузулама. Другим речима, да се необорива претпоставка ништавости замени оборивом претпоставком ништавости. На овај начин би се пружила шанса учесницима на тржишту да докажу у сваком конкретном случају да су негативни ефекти од ограничавања конкуренције мањи од позитивних ефеката унапређења механизма дистрибуције роба. Истовремено, показали смо какав је начин размишљања економиста у наведеном случају ограничавања конкуренције и зашто они имају проблем да подрже правнике у примени аутоматске ништавости уговора са „црним клаузулама". Шире посматрано, анализирани пример јасно указује на потребу да примена права заштите конкуренције повећа економску ефикасност тржишта, а не да буде сама за себе сврха.

Dr. Miroljub Labus

Professor
Faculty of Law University of Belgrade

RESALE PRICE MAINTENANCE: LEGAL VERSUS ECONOMIC APPROACHES

Summary

Resale Price Maintenance (RPM) refers to agreements between a seller and a buyer setting limits to the price at which the buyer may resell the products pershased. It is concerned as the “hardcore constrain” in vertical agreements. We analyse a special case of RPM, still under investigation by the Commission for Protecting Competition, in which a manufacturer set, as an enforceable obligation, a price floor bellow which retailers may not sell the product, but the other manufacturers on the relevant market did not have such agreements. In the Serbian legal system RPM terms are *per se* forbiden and deemed annuled. Retailers dealing with the involved manufactures might be taken responsible for breaking the law on protecting competition. We argue in favour of replacing this rule with the opposite *rule of reason* under which the competition authority should balance procompetitive and anticompetitive effects of RPM in each case before it passes any decision. There are no apriory theoretical arguments to declare which rule is superior, neither clear empirical evidences whether RPM are always harmful for consumers. In the said case RPM restricted to some extent intra-brend competition, but there

are convincing evidences that inter-brend restrictions were not present. Consumers evidently benefited from such competition. Generally speaking, the rule of reason will put more economic analysis into legal cases of protecting competition in Serbia, which is mostly absent so far, and provide a better balance bitween draconic fines and probability of passing erroneous decisions. We estimated in this paper elasticity of demand based on a system of regression equations estimated under restriction on parameters, and worked with impulse functions from a VAR model in order to simulate dinamic processes of price competition. We adressed issues such as relevant market, supstitution of differentiated goods, own and cross-price elasticity of demand, intra-brend and inter-brend competition, concumers welfare, creation and breaking-up of a cartel. Finally, we compered Serbian and the EU legal system concerning RPM provisions.

Key words: *Resale price maintenance. – Per se rule. – Intra-brend and inter-brend competition. – Demand substitution. – Ttacit collusion.*

УДК 342.4(497.11)“1835”

Др Сима Аврамовић

редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

СРЕТЕЊСКИ УСТАВ – 175 ГОДИНА ПОСЛЕ*

У раду се указује на неке дилеме и стереотипе везане за Сретењски устав из 1835. године, који су се дубоко усадили у српској литератури и свести. Аутор сматра да их је потребно преиспитати и нуди један број аргумената као основ и подстрек за даља истраживања. Он износи неке елементе у корист схватања да сретењски акт треба третирати као први српски устав, да Сретењски устав није наметнут кнезу Милошу Милетином буном, већ да га је он искрено желео и знатно раније започео његово припремање, као и да је желео да Устав спасе, а не да је једва дочекао негативну реакцију великих сила, због чега је морао да га суспендује после само шест недеља. Потом процењује да се Милош при одлуци о доношењу Устава није руководио искључиво личним мотивима, већ да га је сматрао важним инструментом за установљавање српске државне самосталности. Надаље, преиспитује стереотип о Димитрију Давидовићу као одлучујућем творцу Сретењског устава, као и о француском утицају на његово доношење. Коначно, критикује мишљење о безначајности права за формирање националне свести код Срба и указује на велики законодавни замах тридесетих година XIX века ношен управо том свешћу, који је поред Сретењског устава изнедрио и Српски грађански законик 1844. године. На основу свега закључује да пред младим истраживачима још увек постоје широки неистражени простори, поготово у погледу утицаја страних правних система на доношење Сретењског устава.

Кључне речи: *Уставност у Србији. Утицај европске уставности XIX века. Кнез Милош. Димитрије Давидовић. Правни транспланти.*

1. УВОД

Мада је прошло 175 година од доношења акта који се традиционално назива првим српским уставом, још увек не постоји пот-

* Предложак за овај рад представља беседа коју је аутор био позван да саопшти на Свечаној седници Матице српске поводом 184 годишњице оснивања Матице и 175 годишњице доношења Сретењског устава. Свечана седница је одржана 16. фебруара 2010. године у Новом Саду. Вид. С. Аврамовић, „Беседа о Сретењском уставу“, *Летопис Матице српске,* год. 186, књ. 485, 4/2010, 651 660.

пуна доктринарна сагласност у погледу његовог карактера. Иако ово питање више залази у домен теорије права и одређује га стара дилема о „уставности првог устава“, остало је доста тема које непосредно чине област правне историје, а које још увек нису добиле коначне одговоре, док се о некима од њих усталио низ стереотипа. Због тога се чини да је потребно, поготово поводом једне овако значајне годишњице на којој би позавидели многи народи у окружењу, сачинити пресек истраживања, а поготово резиме неких неразрешених дилема. Иако би се на први поглед могло учинити да је после Бартоломеа Куниберта, Нила Попова, Димитрија Матића, Милана Ђ. Милићевића, Милована Миловановића, Михајла Гавриловића, Слободана Јовановића, Јаше Продановића[1] или генерације талентованих писаца из друге половине XX века, после квалитетног Зборника радова посвећеног 150-годишњици Сретењског устава[2] и многих других вредних прилога посвећених овом правном тексту речено скоро све што се о њему могло рећи, изгледа да ипак није тако. Поготово уколико се, што је жељени циљ овога рада, ставе под лупу нека преовлађујућа мишљења и уколико се сугеришу нешто другачији одговори од оних који су до сада доминирали у нашој науци. Наравно, с намером да се овде тек наговесте извесни аргументи и укаже на могуће правце даљих истраживања Сретењског устава, која као да су замрла у последње две деценије.[3]

Наравно, на првом месту стоји дилема да ли је Сретењски устав заиста први прави српски устав. Одговори се крећу од оних који под првим српским уставима подразумевају већ Уставне акте из 1808. и 1811. године (од Ст. Новаковића до Р. Љушића), преко оних који истичу формалноправне и материјалноправне недостат-

[1] Б. Куниберт, *Српски устанак и прва владавина Милоша Обреновића*, I II, Београд (1901) 1988; Д. Матић, *Јавно право Књажевства Србије,* Београд 1851; Н. Попов, *Србија и Русија,* I II, Београд 1870; М. Ђ. Милићевић, *Кнез Милош при ча о себи*, Споменик СКА XXI, Београд 1893, 3 33; М. Миловановић, „Уставност Србијина“, *Српски књижевни гласник*, књ. 18, св. 11, Београд 1907; М. Гавриловић, *Милош Обреновић,* III, Београд 1912; исти, „Суспендовање првога српског устава, фебруар март 1835. године“, *Из нове српске историје*, Београд 1926, 190 209; С. Јовановић, *Друга влада Милоша и Михаила*, Београд 1933; исти, „Кнез Милош“, *Из наше историје и књижевности*, Београд 1931; исти, „Наше уставно питање и XIX веку“, *Политичке и правне расправе I*, Београд 1932; Ј. Продановић, *Уставни разви так и уставне борбе у Србији*, Београд 1936; исти, *Историја политичких странака*, Београд 1947.

[2] *150 година од доношења Сретењског устава*, Крагујевац 1985 (даље: *150 година*).

[3] Једини значајнији издавачки подухват у последње време је репрезентатив но фототипско издање Архива Србије *Устав Књажевства Србије*, Београд 2004, са два корисна пропратна текста: Р. Љушић, „Србија 1835. године, Последња година Српске револуције“, 67 71 и Д. Поповић, „Сретењски устав оруђе владавине и весник слободе“, 73 78.

ке (у погледу пуне суверености уставотворне власти), због којих се сретењски документ у строгом теоријскоправном смислу не би могао квалификовати као устав (Р. Марковић), до оних који сматрају да је први документ који заслужује епитет првог српског устава тзв. Преображенски устав, тј. три „уставна закона“ кнеза Михаила из 1861. године (М. Павловић).[4]

Остављајући по страни расправу о легитимитету и легалитету прве уставотворне власти, што је у основи теоријскоправна тема, коју је тако надахнуто разрадио Келзен кроз идеју пранорме (основне норме),[5] овде ћемо само набројати неколико момената који би се могли имати у виду када се расправља ово претходно питање из правноисторијског угла. Уз све аргументе који се с правом могу наводити у корист тезе да сретењски акт ипак није устав, јер Србија у време његовог доношења још увек није била суверена и независна држава, на другој страни би се у најкраћем могло навести тек нешто назнака које сугеришу другачији закључак.

Он је и по својој форми, а и по садржини, несумњиво имао све особине које су одликовале немногобројне уставе у првој половини XIX века, уколико су уопште постојали у појединим држава. Историјски приступ подразумева да се, приликом класификовања неког феномена на њега не примењују стриктно критеријуми каснијих времена (али, ни да се у давним појавама, на прилично натегнут начин, препознају каснији правни концепти, што је друга крајност[6]). С обзиром на то, правни историчар може имати нешто флексибилнији

[4] С. Новаковић, *Уставно питање и закони Карађорђевог времена, студија о постању и развићу врховне и средишње власти у Србији 1805 1811*, Београд 1907; Р. Љушић, *150 година*, 211; Р. Марковић, „Примена начела уставности и законитости у Сретењском уставу“, *150 година*, 109; исти, „Сретењски устав, поводом сто педе сет година од његовог доношења“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/1985, 149 160; М. Павловић, *Преображенски устав, први српски устав*, Крагујевац 1997; исти, *Српска правна историја*, Крагујевац 2005, 269.

[5] Х. Келзен, *Општа теорија права и државе*, (прев. Р. Лукић, М. Симић), Београд 1951, 121 и даље. Између осталог, Келзен изводи: „На крају ћемо доћи на неки устав који је, историјски узевши, први устав и који је донео неки узурпатор или нека врста скупштине“, а мало даље: „Основну норму не ствара правно регу лисаним поступком орган који ствара право. Она не важи као позитивна правна норма зато што је створена на одређени начин правним актом...“. У нашој лите ратури вид. више Р. Лукић, „Келзенов нормативизам“, *Анали Правног факултета у Београду* 1 4/1983, 496 502; С. Врачар, „Темељ Келзеновог нормативизма“, поговор књизи Х. Келзен, *Главни проблеми теорије државног права, развијени из учења о правном пропису*, Београд Подгорица 2001, 563 585. Од најновијих радова о Кел зену код нас вид. С. Бован, „Келзенов парадокс“, *Анали Правног факултета у Бео граду* 2/2009, 135 154.

[6] Ова је појава, на пример, веома уочљива нарочито приликом настојања да се појам људских права и многих других носећих савремених политичких начела проналазе у античкој Грчкој, вид. више С. Аврамовић, „Елементи правне државе

приступ од теоретичара права, а ригидна примена чистих савремених критеријума би водила и нужном преименовању многих историјских правних докумената. Тако се ни *Magna Carta Libertatum* не би онда могла без резерве називати првим уставним актом у свету (код неких аутора, чак уставом), јер она то несумњиво није у теоријском смислу, чак и ако се имају у виду специфичности енглеског правног система. А Сретењски устав би се, додуше само фигуративно, могао назвати српском *Великом повељом слобода*, како с обзиром на сличности у погледу њихове основне садржине (три су основне теме заједничке за оба акта: установљење органа власти, гарантовање права и слобода личности, уређење пореза), тако и с обзиром на начин на који су донети – у садејству два једина меродавна и легитимна политичка фактора (неприкосновеног владара и великаша, под отвореним небом у присуству народа),[7] па и с обзиром на главни узрок доношења – незадовољство великаша.[8] Чак и да га је донео само кнез (јер, много је дискусија изазвало питање да ли је Сретењски био октроисан), то не би битно мењало његов карактер, с обзиром на то да су такви били неки уставни акти и у другим државама (државицама) тог доба, попут онога из Виртемберга.[9] Често се Сретењском уставу оспорава и то што је важио тек неколико недеља (*Magna carta* из 1215. важила је једва три месеца), али је још гору судбину пре њега доживео француски монтањарски Устав из 1793. године, чији доносиоци такође нису имали фактичку снагу да га одрже у животу. Па ипак његов значај за даљи развитак не само француске, већ светске уставности је непроцењив, а тај документ се једногласно у правној историји назива уставом. Исто тако је и Сретењски устав, мада је уистину убрзо

и индивидуална права у Атини“, *Правна држава у антици pro et contra* (уред. С. Аврамовић), Београд 1998, 7 41.

7 Чак је и мизансцен у коме су ова два акта усвојена веома сличан: Јован без Земље је свој чувени акт донео у присуству барона на пољани Ранимид (*Runnymede*), на јужној обали Темзе, недалеко од замка у Виндзору, а Милош у Крагујевцу на кнежевој ливади поред цркве, где је подигнута трибина за кнеза, у присуству народних старешина и око 2.400 представника сваког села, како тврди Р. Љушић, *Кнежевина Србија (1830 1839)*, Београд 1986, 137. Он сматра да је претеран податак о 4.000 народних представника који је изнео Н. Попов, I, 279 и који су касније скоро сви преносили.

8 Таквом виђењу иде на руку став Јована Стејића који је догађаје с почетка 1835. године назвао „револуцијом“ и осећај његових истомишљеника, који су сматрали да је с Милетином буном наступила нова епоха у историји Србије, мада је друга струја (Јаков Живановић и следбеници) у томе видела само „демонштрацију“, вид. Р. Љушић, „Србија 1835. године, Последња година Српске револуције“, *Устав Књажевства Србије*, Београд 2004, 70 71.

9 Уосталом, и Луј XVIII је, после одласка Наполеона с престола, донео своју чувену Уставну повељу 1814. године у присуству оба скупштинска дома, мада је то суштински био класични октроисани уставни акт, који је монарх само прочитао пред представницима народа.

по доношењу био суспендован, током неколико наредних деценија дубоко обележио развој српске уставности. С друге стране, посматрано из угла легалитета, формалноправно ни Устав самопрокламоване државе Косово из 2008. године не испуњава теоријске услове да би се сматрао уставом, али он очигледно правно конституише једну „нову реалност“, као што је то на известан начин и у извесној мери био случај и са Сретењским уставом. Коначно, можда и најважније, сами творци су тај документ сматрали и назвали уставом – термином који је тада први пут ушао у употребу у Србији, заменивши до тада уобичајену туђицу „конштитуција“, а који је, по свему судећи, сковао његов главни писац – Димитрије Давидовић.[10]

Све у свему, звали га првим српским уставом или не, нема сумње да је сретењски документ засновао српску уставност. Већ је то довољан разлог да се, 175 година после његовог доношења, пажљиво сагледају извесна предубеђења која су се у вези с њим одавно појавила и временом прилично дубоко усадила.

2. СТЕРЕОТИП ДА ЈЕ СРЕТЕЊСКИ УСТАВ НАМЕТНУТ МИЛОШУ УСТАВ КАО НЕЖЕЉЕНО ДЕТЕ

Многи уџбеници српске правне историје уче студенте права да је доношење Сретењског устава Милошу наметнуто Милетином буном. То становиште је најсажетије у новије време изразио Јовичић: „Невољно прихватајући доношење устава, Милош је једва дочекао да га, под спољним притиском, који су и његови противници морали уважавати, стави ван снаге“.[11] Дакле, две су доминантне тезе садржа-

[10] Више о томе, али и етимологији и значењу саме српске речи „устав“ („устављање“ или „установљавање“, или и једно и друго), вид. Р. Марковић, *150 година*, 111. Одавно се верује да је реч *устав* у наш правни речник увео управо Димитрије Давидовић (М. Ђ. Милићевић, 26), али све више преовлађује уверење да се његова етимологија не изводи од речи *устављање, устава*, него од *установљење, установа*, вид. и М. Павловић, (2005), 267.

[11] М. Јовичић, „Устав Књажевства Сербије од 1835 (‘Сретењски устав’) и његово место у свету савремене уставности“, *150 година*, 102. То, дакако, није тек Јовичићев став, већ се та теза одавно провлачи кроз литературу, чак и пре мишљења С. Јовановића, „Наше уставно питање у XIX веку“, *Политичке и правне расправе I* (Сабрана дела, II, Београд 1990, 18). Он ту каже да је „протест Сила добро до шао Милошу да се кратким путем ослободи једног устава на који је пристао само за невољу да би утишао једну буну у зачетку“. То је определило ставове већег броја каснијих аутора. Тако и М. Владисављевић, *Развој уставности у Србији*, Бе оград 1938, 39 стављa у први план значај Милетине буне. На одређени начин Ј. Продановић (1936), 44 такође сугерише да Милош није желео Устав, јер сматра да је Устав „извојеван“ од народа. Мало опрезније ту исту идеју дефинише Д. Николић, „Начин и околности доношења српских устава“, *Анали Правног факултета у Бео граду*, 4/1989, 397 који тврди да је Устав донет „под јаким утиском који је оставила Милетина буна“. Р. Марковић, „Сретењски устав, поводом сто педесет година од

не у поменутој реченици: а) Милош није желео доношење Устава, већ су га на то приморале околности – незадовољство старешина; б) пошто га није желео, једва је чекао прилику да Устав буде суспендован. Нема сумње да ове тврдње имају одређено упориште у изворима и да делују прилично уверљиво, поготово када се има у виду Милошев карактер и начин владања, а нарочито чувено Вуково писмо „од пет табака“ из 1832. године у коме опомиње Милоша да треба „дати народу *правицу*, или, као што се данас у Европи обично говори, *конштитуцију*“.[12]

Ипак су се током XX века на пар места, додуше више успутно, пробијале и нешто другачије идеје.[13] Или се, макар, основна идеја варирала у нешто блажем облику: ако Милош већ није био против Устава, он свакако није желео да по њему влада.[14]

При том се скоро сви слажу са Слободаном Јовановићем да је Сретењски устав само последња тачка у низу уставних покушаја који су започели још с Карађорђем и Првим српским устанком (Уставни акти из 1808. и 1811. године) и да се не појављује као *deus ex machina*.[15] Реч „конштитуција“ се у Србији помињала већ 1805. године, а од двадесетих година XIX века, упоредо с другим бројним бунама, све се више говорило о потреби да се донесе устав. Али, да је било опасно призивати „конштитуцију“, искусио је 1832. године српски буљукбаша, а потом и кнез, Јован Бобовац у Крагујевцу, који је био на смрт испребијан од непознатих људи на путу ка својој кући.[16] Многи су били склони да у томе виде прсте Милошевих људи,

његовог доношења“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/1985, 150 истиче да друштвени извор Сретењског устава чине „захтеви пали у Милетиној буни, за коју се узима да је непосредно изазвала доношење Сретењског устава“, а мало даље каже да „Милош тај устав искрено никада није ни желео“, 158.

[12] *Вукова преписка* (ур. Љ. Стојановић), I VII, Београд 1907 1913, II 630 632; В. С. Караџић, *Историјски списи*, Београд 1985, 234. Детаљну анализу Вуковог пис ма из угла историчара XIX века, вид. Н. Попов, 251. Вид. и М. Павловић, *Правна европеизација Србије*, Крагујевац 2008, 37.

[13] Пут таквом виђењу је најјасније утро М. Гавриловић, (1926), 202 203, указујући на то да је Милош гледао да на сваки начин спасе Устав; тако и М. Павловић, (1997), 51. Д. Поповић, „Устав од 1835. године Сретењски устав“, *Устави кнежевине и краљевине Србије*, Београд 1988, 42 сматра да је „тешко закључити“ да су на сад ржину Устава утицали побуњенички захтеви. Р. Љушић, *150 година*, 216 такође одбија помисао да је Милош „једва дочекао“ противљење великих сила да би суспендовао устав, а исти писац, (1986), 120 фн. 12 указује и на изричито мишљење једног руског аутора да захтев за доношењем устава није био узрок Милетине буне.

[14] Д. Поповић, „Сретењски устав и ограничена монархија“, *150 година*, 169 182; 219 222.

[15] Вид. нарочито М. Јовичић, *150* година, 83; Д. Поповић, *150 година*, 169; Р. Љушић, *150 година*, 211, 216.

[16] М. Ђ. Милићевић, *Поменик знаменитих људи у српског народа новијега доба*, Београд 1888, 38; вид. и М. Павловић, (2005), 263.

с његовим знањем или без њега. Све се то савршено добро уклапа у поменути клише.

2.1. Милетина буна је узроковала доношење Устава

Ипак, постоје и елементи који би могли говорити нешто другачије: да је Милош *желео и хтео* доношење устава и да је у том циљу предузимао низ акција, знатно пре Милетине буне. Доношење Устава се актуелизовало поготово после Хатишерифа из 1830. и 1833, у којима је предвиђено да Србија треба да уреди своју унутрашњу управу. Наиме, Нил Попов сведочи да је још од 1829. године Милош наложио људима „које је држао да су способни за тај посао, да скупљају грађу за српски устав“,[17] а Р. Љушић подвлачи да је Милош већ од 1830. године дао налог Димитрију Давидовићу и Стефану Радичевићу да отпочну рад на припреми и изради нацрта устава.[18]

Архивска грађа, чији је део открила Љубица Кандић, потврђује овакав сценарио, а више пажње у литератури поклоњено је првим уставним предлозима тек у последњих четврт века.[19] Овде је место да се само наброје неки рани покушаји уставотворне радње, свакако руковођени Милошевом вољом. Важну чињеницу да је постојало више уставних нацрта пре доношења самог Устава у нашој уџбеничкој литератури посебно истиче само Љубомирка Кркљуш.[20]

а) У збирци Мите Петровића у Архиву Србије сачувана су два необјављена уставна предлога, још из 1831. године (дакле, четири године пре Устава). Први је под називом *План конштитуције српске*, био кратак, али је већ садржао низ савремених правних идеја, попут начела законитости и једнакости пред законом, наравно уз одредбе о организацији власти.

б) У истој збирци се налази и други документ, под називом *Устав*, такође из 1831. године, који је знатно потпунији и још детаљније предвиђа модерна уставна начела тога доба. Љ. Кандић указује да су неке од формулација у том тексту сличне, па и иден-

---

[17] Н. Попов, I, 259.

[18] Р. Љушић, (1986), 114, на основу Ј. Живановић, „Неколико примечанија на књигу Славени у Турској од Кипријана Роберта“, Споменик СКА VI, Београд 1890, 62; М. Гавриловић, III, 282.

[19] Прва је на њих озбиљније скренула пажњу Љ. Кандић, „Необјављени нацрти устава у Србији у првој половини XIX века“, *Анали Правног факултета у Београду* 5 6/1972, 773; иста, „Државноправни статус врховних органа власти у Србији до доношења Сретењског устава и према Сретењском уставу“, *150 година од доношења Сретењског устава*, Крагујевац 1985, 37. Потом је уставне нацрте у кратким потезима објаснио и Р. Љушић, (1986), 114 115. Најисцрпније се њима бавио Д. Поповић, *Прапочетак српског парламентаризма*, Београд 1996, 20 34.

[20] Љ. Кркљуш, *Правна историја српског народа*, Београд 2010^3, 154.

тичне, с онима у Сретењским уставу и износи претпоставку да је оба ова текста сачинио Димитрије Давидовић.[21] Ако је то тако, а вероватно јесте, треба ли уопште сумњати да их је секретар и саветник Књажевске канцеларије[22] (која је била „свеколико правитељство“), припремао по Милошевом налогу?

в) Када би неко и помислио да је те пројекте Давидовић, или неко други, можда сачинио на своју руку, све сумње отклањају чувена писма француског дипломате грофа Боа-ле-Конта свом министру спољних послова, грофу де Рињију, из јуна 1834. године. Ту он сведочи да је нашао кнеза Милоша „веома заузета нацртом устава који има намеру земљи да да“.[23] Из писама се стиче утисак да је доношење Устава била скоро Милошева опсесија, јер је француском дипломати снажно наметао ту тему у разговорима и покушавао да га придобије за учешће у подухвату. У сваком случају, захваљујући овом извору, сазнајемо да су основне контуре устава тада већ биле јасно постављене, с обзиром на то да их је Милош недвосмислено изложио Боа-ле-Конту.[24] Другим речима, Милош је већ тада имао у рукама (и глави) нацрт Устава.

г) Четврти предлог уставних решења је онај који је, додуше после доста устезања, Боа-ле-Конт ипак пристао да изнесе Милошу, „као одговор на жељу коју ми је изјавио“.[25] Милош је, рекло би се с доста жара, желео да од француског дипломате извуче предлог за уставно уређење, чиме би, наравно, уставни концепт добио на ауторитету и прихватљивости.

---

[21] За разлику од ње, Д. Поповић се уздржава од покушаја да одреди могућег састављача овог уставног нацрта, али уочава да је он био „не само присталица идеје о подели власти, него су њему свакако биле познате одредбе савремених европских устава о томе питању, као и стање уставне мисли онога доба“, Д. Поповић, (1996), 27.

[22] Давидовић је већ од 1825. године постао први секретар и ту позицију је држао све док није пао у немилост после повлачења Сретењског устава. Више о томе вид. Р. Љушић, „Политичка делатност Димитрија Давидовића у Србији (1821 1835)“, *Стваралаштво Димитрија Давидовића*, Београд 1989, 69. Недавно се појавио исцрпан рад о Давидовићу и његовој каријери, вид. исти, *Оријентални новинар, европски политичар Димитрије Давидовић (1789 1938)*, Београд 2006.

[23] С. Новаковић, *Србија у 1834. години. Писма грофа Боа ле Конта де Рињи, министру иностраних дела у Паризу о тадашњем стању у Србији*, Споменик СКА XIV, 1894, 43.

[24] Француз у Милошевом предлогу види увођење дводомног система: Савет (који би се састојао од доживотних чланова највишег суда сената и министара) и Народну скупштину, која би се састајала сваке године да поврди оно што је из гласано или да дâ своје предлоге, вид. С. Новаковић, 44; Д. Јанковић, *150* година, 17. Ако је то тачно, онда би то донекле личило на Дом перова и Дом посланика из француске Уставне повеље 1814. године.

[25] С. Новаковић, 44.

Није искључено да је било још уставних предлога који су настали пре доношења Сретењског устава, о којима за сада немамо овако поузданих података.

Уз све друге наговештаје да је уставна радња увелико поодмакла пре Милетине буне,[26] већ само ова четири уставна пројекта довољно говоре да та буна није непосредно довела до доношења устава (нити да је устав припреман само двадесетак дана, иако је Давидовић писање заиста окончао у тако кратком року, радећи на Уставу првих пет дана без Милоша).[27] О Уставу се очигледно много дуже размишљало и марљиво се припремао у кнежевској канцеларији бар неколико година. То што ништа од пројеката раније није преточено у Устав, према неким мишљењима указује на неискреност Милошевих намера. Ипак, можда би се пре дало рећи да то сведочи само о Милошевом опрезу при увођењу устава (или да није био задовољан решењима), али не и да Устав није желео.

> *Кумашине, чиниш 'волико,[28] очи отварај, гледај што пишеш, да после немам нове главобоље*, каже Милош Давидовићу. Он му одговара:
>
> *Не брините се, Господару, Србија има независно внутрење правленије: ви можете своју земљу уређивати како нађете за најбоље!*
>
> На то ће Милош: *Е, мој кумашине, да је то јахати коња, пасати сабљу и бити се с Турцима, знао бих ја и сам шта бих радио, али то наше независно правленије мора да се повија по сваком јаком ветру. Зато ти гледај шта пишеш!*.

---

[26] И други извори казују да је Милош 1830. године дао налог Д. Давидовићу и С. Радичевићу да отпочну са прикупљањем грађе и израдом нацрта устава. Б. Куниберт, I, 372 сведочи да је Давидовић, када га је Милош послао у Крагујевац да извиди ствари, завереницима у Милетиној буни рекао да се „на реформама одавна ради" и да ће се „у фебруару изнети и обнародовати основни закон". Вид. и Д. Поповић, *150 година*, 169; Р. Љушић, (1986), 114.

[27] Р. Љушић, (2004), 71 истиче да је писање трајало „последње десетице јануара и прве десетице фебруара"; исти, *150 година*, 213; М. Јовичић, *150 година*, 100, каже да је припремање Устава трајало две недеље, али додаје да је добар део идеја које су добиле уставну форму већ раније циркулисао или се сретао у „при мерима за углед" који су служили као инспирација при изради Устава. Приликом израде Устава Давидовић је консултовао свакога за кога би сматрао да може бити од користи, па се зато у последње време све чешће среће став да је га је саставио уз помоћ једне комисије, Љ. Кркљуш, 154; М. Павловић, (2005) 265, иако би се пре рекло да је то била само група људи који нису били стриктно одређени и који нису одржавали редовне седнице.

[28] Можда треба подсетити да овај вербални уметак нема посебно значење, јер је то била уобичајена Милошева поштапалица, вид. М. Ђ. Милићевић, *Помених знаменитих људи у српског народа*, Београд 1959, 269.

Овај дијалог, који се радо цитира или парафразира,[29] показује много више од онога што се обично на први поглед у њему види – он мање одражава бригу о томе како и колико ће се Уставом ограничити његова власт, него пре како ће Устав доживети велике силе и „јаки ветрови“. И, свакако, открива Милошеву свест о националном значају уставног подухвата, као и разумљив опрез у његовом сачињавању. Но, најзад, сведочи и о постојању његове, чак би се могло рећи, стварне и искрене жеље (али, наравно, и интереса) да се до Устава дође,[30] па и да тај Устав има трајнију вредност.[31] Милетина буна је већ донету одлуку само убрзала.[32]

2.2. Милош је желео да се Устав суспендује

Ако и поред реченог остају извесне сумње у искреност Милошевих намера да донесе Устав (јер је њему можда више одговарало

[29] М. Ђ. Милићевић, *Поменик* 121 122; исти, *Кнез Милош у причама*, 93 94, цит. према М. Павловић, *Преображенски устав,* 46. Нешто другачији дијалог, али са истим садржајем, помињу М. Јовичић, 100 фн. 17: *Пази, куме, да се у чему не потакнемо; ти знаш с ким ћемо имати посла...*; Р. Љушић, КС, 139: *Мотри, кума шине, да се у чему не спотакнемо. Ти бар добро знаш с ким ми имамо посла*.

[30] Мада се свака Милошева реч мора прихватати *cum grano salis*, као и што се мора имати у виду да беседа на Светоандрејској скупштини пре проглашења Устава има непосредан циљ да амортизује последице Милетине буне, из дела тог његовог говора стиче се прилично уверљива слика о претходним радњама, његовом виђењу услова за доношење Устава, па и његовом личном односу према Уставу: „Ја нисам могао за тако кратко време да посвршујем претходне послове за скупштину као што сам желео. Ми смо постали наново људима тек од пре годину дана, откад су уређени наши односи с Портом. Тек од године дана Србија је држава, а при заснивању држа ве, нарочито нове и младе, треба бити обазрив и не хитати много... Све је то допри нело те смо мало задоцнили с увођењем установа о којима сам вам прошле године говорио, и које сам, као што сам вам био рекао, желео завести у нас... Стога хоћу, драга браћо, да вам поновим прошлогодишњу беседу, која је штампана и раздата међу вама. У њој сам вам ја рекао колико сам желео да се сви послови народни уреде“, Б. Куниберт, I, 382 383.

[31] О томе лепо сведочи и део његовог говора који је одржао том приликом, објављеног у Давидовићевом листу *Новине србске* бр. 5 од 2/14. фебруара 1835: „Овом’ уставу треба, да се сви колици закунемо, и сви, који се овде на скупи на лазимо, и сва остала браћа, које неима овде; да се закунемо сви, један другому, и Књаз властима и народу, и власти Књазу и народу, и народ Књазу и властима, да ћемо држати устав овај свето и нерушимо, као што држимо свето Еванђелије, и да нећемо ни од једне черте његове одступити, нити једне самовољно промјенити, без договора и согласија свију нас и народа...“. Вид. и *Устав Књажевства Србије*, Ар хив Србије, Београд 2004, 7.

[32] Тако и М. Павловић, „Уставноправна европеизација Кнежевине и Кра љевине Србије“, *Србија и европско право III*, Крагујевац 1998, 168. Недавно је Д. Поповић изнео чак обрнуту претпоставку, да је у ствари рад на уставном нацрту подстакао буну и довео до њеног избијања, Д. Поповић, (2004), 73.

да влада по хатишерифима, како верује Љушић[33]), онда њих озбиљно може уздрмати преиспитивање другог стереотипа – да је Милош једва дочекао да велике силе оборе тек донети Устав. Овај стереотип је наметнуо још Михајло Гавриловић, а онда се преносио међу српским историчарима „с колена на колено“.[34] Ипак, као да се данас на овај став све опрезније гледа. Драгољуб Поповић је аргументовано указивао на то да је Милошев циљ био очување Устава,[35] слично тврди и Радош Љушић,[36] а исту идеју прихвата и Марко Павловић.[37] Јер, Милош је одмах, већ у фебруару, једанаест дана по доношењу Устава, чим су стигле вести да Порта шаље свог изасланика у Србију, покушао да спасава Устав.[38] Послао је у Цариград вештог и угледног дипломату Михаила Германа, државног саветника и Милошевог повереника у Русији. Тек што је Герман отишао, у Крагујевац стиже Портин комесар, али истог дана (14. фебруара по старом календару), Милош издаје Указ о устројству Државног савета и поставља саветнике, реализујући уставне одредбе у пракси. Лепо примећује Гавриловић да „није било никаквог застоја у уставној радњи“.[39]

Очекивало се да ће Герман обезбедити помоћ или барем некакво разумевање Русије, али се управо ту наишло на најтврђи став: Србија није смела, без претходног консултовања с било ким, као вазална творевина, донети Устав и само га поднети Порти на увид – *ad informandum*. Руски амбасадор Бутењев је тврђи и од самих Турака – он Устав неће ни да узме у руке, нити да саслуша Германа, већ изго-

[33] Р. Љушић, *150 година*, 215. То, ипак, није много вероватно, јер је Хати шериф предвиђао непокретне Совјетнике и доста других за њега не баш повољних решења.

[34] Ипак, Гавриловић није то баш тако једнострано представио, јер на једном месту тврди да је Милош „гледао на сваки начин да спасе Устав“, М. Гавриловић, „Суспендовање првога српског устава“, *Из нове српске историје,* Београд 1926, 203.

[35] Д. Поповић, (1988), 42. Детаљније објашњење даје на другом месту, пре ма коме је Устав погодовао Милошу и зато се он трудио да га сачува, а да је Русија обарала Устав управо због тога што је желела да ограничи Милоша, па су аргументи о његовој либералности били само тактичке природе, Д. Поповић, (1996), 97. Став о спасавању Устава овај аутор најтврђе заступа у Д. Поповић, (2004), 74.

[36] Р. Љушић, *150 година*, 216.

[37] М. Павловић, (1997), 51, где и он, као многи други аутори, преузима и Гавриловићеву синтагму да је Милош „покушао да спасе“ Устав. На другом месту Павловић истиче да је Милош „морао“ да укине Устав, М. Павловић, (1998), 170.

[38] У погледу става великих сила према Уставу, Куниберт сматра да сама Пор та није била претерано забринута због његовог доношења нити би му се она проти вила, да на њу нису навалиле Русија и Аустрија“, Б. Куниберт, II, 27. Према његовом увиду, Аустрија је била узнемирена што Србија доноси Устав, она је „најпосле мрзе ла и сам израз устав“, али су у Бечу добро знали да је Устав у Србији тада био само „тренутни оброчни зачин“, Б. Куниберт, II 19 20.

[39] М. Гавриловић, (1926), 194 195.

вара чувене речи да је Устав „француско-швајцарска конштитуција“, те да се мора уклонити.[40] Нудио је Милош преко Германа и преправку Устава, истицао је да се Устав неће примењивати до Ђурђевдана како би се у њега могле уградити измене које Русија буде сугерисала, пребацивала се кривица на „људе из околине“ (очигледно је Давидовић већ био жртвован).[41] Солидарност империја уздрманих покретима побуњених народа дошла је потпуно до изражаја. Не заборавимо да је то било време када се Русија суочавала са озбиљним проблемима и нередима у Пољској.[42]

[40] Када је Герман понудио Бутењеву примерак Устава, кнежев говор на Скуп штини и неке указе, Рус му је одрешито одговорио: „Ту вашу конштитуцију! О, не, не! Таква акта и документа нећу да трпим ни у својој канцеларији!“, М. Гавриловић, (1926), 199. Наравно, Бутењев је већ пре тога знао за основна решења из Устава на основу текста објављеног у *Новинама србским* од 2. и 9. фебруара 1835. године (стари календар), на основу писма депеше, коју је аустријски генерал Фајт из Земуна на писао аустријском интернунцијусу у Цариграду, а који ју је одмах показао Бутењеву (где се помиње да је конституција „сасвим основана на шарти францускoj“), али и из других дипломатских и обавештајних извора. У даљем разговору с Бутењевим, Герман је очигледно покушавао да што упорније и аргументованије брани Устав што свакако није чинио на своју руку. Покушавао је да одговори на непријатна питања: „Нашто Кнезу Попечитељство Иностраних Дела, с ким он има уговоре? Односи су његови према Порти унутрашње природе“. Герман то правда примером Влашке, која је исто вазална, али има своју канцеларију за иностране послове. „За што нисте ви свој устав послали Русији на преглед?“, него су Срби „тајно, без знања и Русије и Порте, начинили себи Устав“, а Герман истиче да је баш зато сада донео њему Устав, како би Русија могла да у њега унесе измене. Бутењев је сумњичио чак и српску тробојну заставу и питао зашто је „као француска“, итд. Вид. детаљно М. Гавриловић, (1926), 199 200. Р. Љушић, (1986), 147 нарочито потенцира чињеницу да се Бутењев чудио ставу Порте која Уставу не придаје никакав значај, већ се углав ном занима питањем Милошевог доласка у Цариград.

[41] Безмало сваки детаљ из тешког разговора које је имао Герман са Бутењевим, који живо преноси Гавриловић, показује да је он добро припремио аргументацију за одбрану Устава, скоро извесно у договору са Милошем (поготово идеја са одлагањем увођења Устава до Ђурђевдана, како би се одобровољиле велике силе). Уосталом, доста тога је садржавало и Милошево писмо које је донео за Бутењева и реис ефендију. Низ аргумената који су се посезали с обе стране у том узбудљивом и тешком разговору, сведоче о свесрдном дипломатском напору наступу Германа (који је у једном тренутку и заплакао), али и о томе да је Бутењев већ унапред заузео непоколебљив негативан став, М. Гавриловић, (1926), 197 201.

[42] Боа ле Конт јасно указује да је на Русију утицала пољска револуција (1830 1831) да не заврши преговоре са Портом о српској аутономији „с истим расположењем с којим их је започела“. „Пре пољске револуције Русија гледаше са наклоношћу у српској независности политички догађај савршено повољан за њене итересе и извршен њеном помоћу. Одмах после устанка у Варшави, она виде да је то једна од оних популарних буна, којих је она сама осетила у срцу свога властитога царства. Једна реч господина Неселрода српским изасланицима издаде ову промену. Дотле им је увек говорио само о народности српској, а то је био израз који и они употребљаваху са Његовим Царским величанством као и са његовим министрима. Кад су се опет послужили тим изразом, ‘Шта подразумевате под српским народом’, запита г. Неселроде, ‘цар не зна за српски народ, он познаје само кнеза Милоша’“,

Јанковић, стога, чини се с правом закључује да прави узрок суспендовања Устава треба тражити искључиво у међународним односима и интересима великих сила.[43] У свему томе, скоро је извесно, није било Милошеве двоструке игре.[44]

3. СТЕРЕОТИП О МИЛОШЕВИМ ЛИЧНИМ МОТИВИМА РЕАНИМАЦИЈА МРТВОРОЂЕНЧЕТА

Ако би се већ могао бранити став да је Милош стварно желео доношење Устава и да је хтео да га спасе (а не да се радовао његовој пропасти), нужно се намеће питање његових мотива: зашто би он Устав уопште желео?

Први, лични мотив, јасно је већ препознат у литератури. Лепо је Д. Поповић претпоставио да је Милош, „неписмени сељанин који се подигао у буни... бар у главним цртама, замишљао своју владавину сличном оној коју су спроводиле турске паше“.[45] Такве су, скоро је несумњиво, биле његове свесне или подсвесне жеље. Ипак је прагматични Милош, „вештак у повијању и врдању“,[46] после свих буна и незадовољстава,[47] имајући у виду услове које је поставио Хатишериф да део власти мора да пренесе на Совјет (при чему Хатишериф тражи да совјетници буду непокретни), јасно сагледао реалност. Боље је било поставити услове игре онако како то њему одговара, учинити оно што се мора учинити и, како ће то после неколико деценија формулисати његов син Михаило када је схватио да је његов апсолутизам неодржив и да се мора ићи у реформе: „боље је да их ми сами дамо, но да нам оне силом буду отете“.[48] Поучен вероватно и искуством из Виртемберга из 1814. године, где народни представници нису прихватили милост владара у облику октроисаног устава,

---

С. Новаковић, 14 15. О томе да су се догађаји у Пољској рефлектовали и на руску, али и на Портину политику према Србији, вид. и М. Гавриловић, (1912), III, 311, 385. Тако и Р. Љушић, *150 година*, 64.

[43] Д. Јанковић, *150 година*, 16 18.

[44] Р. Љушић, (1986), 150 указује на податак да је Милош био „врло радостан“ када је добио писмо руског посланика, у којем је овај одобрио његов кратак план за израду новог устава.

[45] Д. Поповић, (1996), 35.

[46] С. Јовановић, (1933), Сабрана дела III, 343.

[47] Д. Јанковић, *150 година*, 12 набраја најзначајне изливе незадовољства: 1817. буна Симе Марковића и Павла Цукића у шест нахија; 1821. буна Марка Тодоровића Абдуле и Стевана Добрњца у Пожаревачкој нахији; 1825. буна Милоја Петровића Ђакова буна у Смедеревској нахији; 1826. буна Ђорђа Чарапића у Београдској нахији.

[48] Д. Јанковић, *150 година*, 17.

одлуку да „подари“ Устав је очигледно донео много пре Милетине буне.[49] Отуд се појавило онолико уставних концепата пре доношења самог Устава.

Други, општији Милошев мотив је, чини се, још важнији. Он је Устав желео ради учвршћења националних циљева, исказивања државотворности и утврђивање политичке самосталности Србије. Уосталом, још је С. Јовановић писао да је Милош имао два задатка: „прво, да ослободи земљу; затим, да заведе самосталну националну управу“, као и да је јасно да је „наследност кнежевског достојанства (коју је изборио у Хатишерифу, прим. С. А.) била у интересу наше народне самосталности“.[50] Боа-ле-Конт је писао у Париз о Милошу: „Што се тиче задатка коме он тежи, према мојим разговорима с њиме и с људима који су око њега, у стању сам мислити да он не сматра да је постигао што жели. То неће бити ни онда кад буде успео да протера Турке из градова, него тек онда, ако буде у стању да обнови старо Српско Царство“.[51] Колигогод претерано може изгледати ово запажање француског грофа, нема сумње да је у основи добро оценио основну Милошеву замисао да заснује независну српску државу. То је, на крају крајева, провејавало кроз многе његове наступе, па и у говору приликом усвајања Сретењског устава.[52]

При том је Милош имао свест (коју му је, по свој прилици развио врсни ерудита и дипломата Димитрије Давидовић), о томе колики је значај правних институција и правног утемељења за националну независност и државотворност. Доношење Устава је требало да буде први корак ка националном осамостаљењу, корак даље од Хатишерифа. О томе понајбоље сведоче одредбе с почетка Устава о грбу и застави („боји народној српској“),[53] као и оне о увођењу попечитеља војних и иностраних дела, што је у јасној супротности са Хатишерифом. Давидовић и Милош су добро препознали оно што се и данас препознаје као први корак у покушајима успостављања

---

[49] То скоро недвосмислено потврђује и Гавриловић, уверен да је Милош схватио да је „то питање у јавности избило, и да је од неколико година толико саз рело да се морало у скорој будућности скинути с дневнога реда“, М. Гавриловић, (1926), 202.

[50] С. Јовановић, (1931), 9; 19.

[51] С. Новаковић, 40.

[52] „Тек од године дана Србија је држава, а при заснивању државе, нарочито нове и младе, треба бити обазрив и не хитати много... За оснивање држава које да нас у свету постоје требали су да протекну векови; па ипак и у њима има увек по нешто што треба додати ономе што постоји. Ни Србија не може ићи другим путо вима; ова земља не може постати за годину дана потпуно уређена држава, у којој не би имало ништа више да се мења и дотерује, ништа више да се жели“, Б. Куниберт, I, 382.

[53] Глава друга, чл. 3 и 4.

некакве државности *in spe*: прво се у уставне акте – звали се они баш устав, уставна повеља, декларација, можда статут, или нешто слично, уграђују елементи идентитета будуће државе. Настојање да се кроз Сретењски устав идеја државности додатно афирмише и кроз слободу у спољнополитичким односима, међу нашим писцима најаргуметнованије је изложио В. Стојанчевић.[54] Исто тако, он детаљно илуструје у коликој мери су ревидиране, кориговане или макар само прошириване одредбе из Хатишерифа: док Хатишериф гарантује аутономност „внутрењег правленија“, Устав јасно говори о „независимом књажеству“; ту су норме о застави и грбу, које су „упадљиво“ (рекли бисмо, чак провокативно) стављене међу прве чланове; Совјет добија атрибут „државни“, чега у Хатишерифима нема; уводи право Србије да додељује „српско државно грађанство“, као и да странцима признаје српско држављанство прирођењем; уводи војну обавезу „на позив Правитељства за обрану отечества“, при чему се тиме не само повећава бројност војске, него и њен карактер у односу на оно што је дозволио Хатишериф Милошу – да у својој служби може имати „нужно число војника“, нешто попут гарде или војне жандармерије; да уместо непокретних чланова Совјета које може контролисати Порта, уведе у Устав њихову смењивост од Народне скупштине, као и да се уопште Народна скупштина предвиди као орган власти, коју предвиђају Хатишерифи само као консултативно традиционално тело,[55] итд. Све то је, несумњиво, одраз Милошеве јасне намере и жеље да гради независну државу, само још привремено под суверенитетом Порте, који би остао „без стварне моћи и извршне силе“.

Због свега тога је, убрзо по повлачењу Устава, који је на снази био само шест недеља, руски барон Рикман дошао у Београд да упозори да се Србији „не може давати изглед државе“. А Милош (односно нови кнежев секретар Јаков Живановић) је покушавао да објасни да и „најсиромашнији турски војвода и најмање европско село“ имају грб и заставу (па чак и да у Србији „жене, кад на мобу

[54] В. Стојанчевић, „Државно правни и национално политички положај Србије према Сретењском уставу 1935“, *Стваралаштво Димитрија Давидовића*, Земун 2009^{2}, 32. Да је Сретењски устав „сведочанство афирмације државности Србије“ наслутио је и П. Николић, „Србија и њена уставотворна власт“, *Анали Правног факултета у Београду* 5/1989, 567. Слично је и успутно запажање да су се у Србији „борба за државност и борба за уставност сливале у једну јединствену борбу“, М. Јовичић, „Какве нам поруке упућује уставна историја Србије“, *Анали Правног факултета у Београду* 5/1989, 562.

[55] У погледу ових последњих одступања од Хатишерифа као мотив за њихово увођење се по правилу наводе Милошеви лични интереси, али се не би дало лако порећи да су та решења могла имати одређени значај и за установљавање националне самосталности.

иду, од марама барјаке праве“).[56] Рекло би се да је управо тај моменат у овој „заразитељној конштитуцији“, можда чак више него брига због могућег домино ефекта афирмисања личних слобода и права из француске конштитуције, представљао највећу провокацију не толико за Турску, него још више за Русију, која се некако у исто време суочавала са проблемом Пољске. Логика сизерена, ма ко то био, једноставно није хтела да дозволи самосталну уставну радњу једне вазалне творевине, као јасну клицу будуће државности.

А да је Милош искрено желео да у Устав угради политичке основе државне независности Србије, сведочи и низ других околности. Међу њима је поготово индикативно да су, упркос свим опоменама, пошто је именовао Живановића за новог кнежевог секретара, убрзо састављени нови уставни пројекти, у којима су сачувани неки од важних атрибута државне самосталности из оспореног Сретењског устава.

Осим тога, још пре тих „резервних“ уставних пројеката, већ Указом о устројству Државног савета, који је Милош донео само десетак дана после обнародовања Сретењског устава, у време када је спољна реакција увелико била жестоко негативна, он провлачи још два важна елемента који комплетирају државност и независност Србије, супротно хатишерифима: у чл. 149. Совјету се даје међународноправни легитимитет да самостално и независно води „преговоре и преписке са страним правителствима“, а у чл. 153. предвиђа коришћење српских пасоша као важећих докумената приликом путовања српских грађана.[57] Стиче се утисак не само да Милош свесно покушава да у правни оквир унесе што више елемената националног суверенитета, већ и да то чини пуног срца, искрено и убрзано, свестан да се налази не само у трци за спасавање Устава, него и у трци с временом (баш тог дана му долази изасланик Порте, Ибрахим Наби-ефендија с писмом руског посланика и реис-ефендије).

Али, када је видео да је ситуација безизлазна, поготово због руског противљења, Милош је морао да устукне и крајем марта 1835. године је дао писмено обећање да ће припремити нови устав. Милош је још увек веровао да можда Устав може донети сам, без страног мешања, што је очигледно жарко желео. А, није искључено да се осећао донекле и морално обавезним на то, како у својим сећањима сведочи његов нови секретар, Јаков Живановић. Наводно је Милош рекао да устав мора донети, јер је ту ствар „једанпут пред Народом признао и исповедио“.[58]

56 Б. Куниберт, II, 27; М. Павловић, (2005), 268.

57 *Зборник Закона и уредаба у Књажевству Србији* 30, Београд 1877, 23 50.

58 Ј. Живановић, (1890), 64.

Убрзо се појавио и алтернативни уставни пројекат донет хитно и по кратком поступку, већ у априлу 1835. године. Вероватно га је сачинио Стефан Радичевић, који је и дотле тесно сарађивао са Давидовићем.[59] Исто тако, одмах је формирана и нова уставна комисија коју је, уз Живановића и Радичевића као секретара („пероводитеља"), чинило неколико угледних људи. Она је такође у кратком року направила нацрт (који Љушић назива „кнежевим"[60]), али он није разматран док није дошао руски конзул Рикман. Но, Рикман је био против свих оних одредаба које су истицале државност Србије.[61] Пројекат (сачињен уз помоћ већ смењеног Давидовића, који је овде саставио само главу о Скупштини) поново је садржао елементе политичке независности. Био је послат у Русију, која је и њега одбацила. Наместо тога, Русија је септембра 1836. године Милошу доставила свој „базис" уређења, с јасном идејом да од устава нема ништа, уз поруку Милошу да ће се кајати ако не прихвати руски предлог.[62] Тај „базис" је Милош храбро, чак дрско одбацио, баш због тога што у њему недостају одредбе о „определенију" (дефиницији) Србије (из Главе 1 Сретењског устава), као и о грбу и барјаку (из Главе 2).[63] Његова одлучна изјава: „оћемо устава, и онда и сад, али са оним тачкама, а без њи нећемо ни сад ни онда" (за шта је Рикман рекао Герману да такво писмо никада није добио у својој политичкој каријери), добар су доказ његовог правог и истинитог опредељења за Устав, односно непоколебљивог опредељења за главне тачке у којима се афирмише државност и самосталност Србије.[64]

Пошто је руски предлог тако енергично био одбачен, Милош је покушавао да реши уставно питање и наредне 1837. године, сада

---

[59] За тај уставни нацрт од 136 чланова (који се чува у Архиву Србије у Фонду Илије Гарашанина), Љ. Кандић каже да се не зна ко га је саставио нити из ког месеца те године потиче, истичући да у њему има сличности, као и разлика у односу на Сретењски устав, Љ. Кандић, *150 година*, 39; иста, *Анали Правног факултета у Београду* 5 6/1972, 775. Међутим, Љушић га недвосмислено атрибуира Стефану Радичевићу, Р. Љушић, (1986), 152. Мада је остало доста нејасних ствари у вези с тим текстом, Д. Поповић, (1996), 106 више нема дилема и зове га „Радичевићев пројекат". Уосталом, Радичевић је био укључен у све претходне послове око Устава, тесно је сарађивао са Давидовићем све време његове припреме, да би на крају баш он прочитао Сретењски устав на Народној скупштини. Рекло би се да овај нацрт умногоме следи Сретењски устав од обима, распореда материје, до бројних конкретних решења.

[60] Р. Љушић, (1986), 151 је имао увид у овај нацрт од 102 члана (наспрам 142 члана у Сретењском), који се налази у Архиву Министарства спољних послова Русије.

[61] Н. Попов, I, 298 299.

[62] Б. Куниберт, II, 84; Н. Попов, I, 316 казује да је то била „хартија без датума, без подписа, без печата, на француском језику, под именом 'базис' за Српски устав", а потом саопштава текст „базиса" и коментарише га.

[63] Н. Попов, I, 320; вид. и М. Павловић, (2005), 269; Р. Љушић, (1986), 157.

[64] Више вид. Р. Љушић, *ibid.*

већ уз мешање енглеског конзула Хоџеса, а потом је формирана и једна комисија која је покушала да припреми нацрт устава на основу „базиса“, што се никако није могло ускладити са Милошевим жељама. Убрзо потом, почетком 1838. године, формирао је још једну, знатно ширу, врло ауторитативну екипу уставописаца, у којој је учествовао и Јован Хаџић, па се по њему овај пројекат често и назива због његовог утицаја на рад комисије. Уз Хаџића су у комисији били Јеврем Обреновић, Матија Ненадовић, Лазар Теодоровић, Цветко Рајовић, Стефан Радичевић, Јаков Живановић и Василије Лазаревић, али Димитрија Давидовића више нема.[65] Међутим, због спорова који су букнули зарад Хаџићевог сврставања уз опозицију и настојања да се власт значајније пренесе са кнеза на Савет, Милош је ову комисију распустио чим је добио нацрт. Због низа отворених питања која су се тада појавила, чини се да још увек има простора за истраживања у коликој је мери овај пројекат утицао на коначни облик Устава из 1838. године, који је Порта потом „подарила“ Србији хатишерифом и коначно разрешила српска уставна превирања.[66]

Имајући у виду овако снажно изражен континуитет уставотворне активности пре и после Сретењског устава, као и да је важан, можда и најважнији сегмент неспоразума са Русијом (а преко ње и са Турском) био везан управо за оне уставне елементе који одређују државност Србије, неминовно се намеће утисак не само да је Милош желео доношење Устава, него и да није био руковођен искључиво личним мотивима (мада су и они несумњиво играли важну улогу). Он је Стерењски устав видео и као важан инструмент установљавања српске државне самосталности, па је зато снажно настојао да га одржи у животу.

4. СТЕРЕОТИП О ДИМИТРИЈУ ДАВИДОВИЋУ ПРЕЦИЗНО УТВРЂИВАЊЕ ОЧИНСТВА

Незаобилазна реченица у свим тектовима о Сретењском уставу је његово потпуно атрибуирање Димитрију Давидовићу. Та неспорна чињеница јасно произлази и из низа претходно наведених

[65] Р. Љушић, (1986), 160. Вид. и Љ. Кандић, „Русија и уставни развој Србије у првој половини XIX века до 1839“, *Анали Правног факултета у Београду* 1 3/1972, 289.

[66] Слободан Јовановић сматра да су у том уставу превагу однеле идеје уставобранитеља. Али, и сам Хаџић је изражавао незадовољство исходом, „јер мно ге одредбе из његовог пројекта нису узете, а и оне које јесу добиле су други смисао“. При том, сматра Љ. Кандић, Хаџићев пројекат још увек настоји да Србију третира као независну државну творевину везану за Порту само преко личности владара, док се у коначном уставном решењу Србија третира као аутономна покрајина Тур ске, Љ. Кандић, *ibid.*, 292.

констатација и далеко је од тога да се на било који начин она може спорити. Ипак, постоје неке околности које би једино могле ставити под лупу степен Давидовићевог доприноса, мада је несумњиво био огроман. Не у смислу да се он негира, већ с циљем да се покуша утврдити да ли је Устав у потпуности и до свих детаља његово дело. Корисно би било спознати у којој мери је Давидовић усвајао мишљења људи који су у време састављања устава били око њега,[67] а пре свега колики је утицај на поједина уставна решења имао Милошев став. Дакле, једном речју, не спорећи пресудни значај Димитрија Давидовића, стално имајући на уму његов истакнути положај и утицај (због чега га је Копитар називао књажевим „великим везиром", па и његовим Метернихом), било би ипак важно да се детаљније него што се то до сада чинило сагледа и утицај других, а пре свега самог Милоша на изглед и садржину Устава.

Најважније чини се питање у коликој је мери Милош непосредно утицао на Устав. Може ли се веровати да су одредбе о правима Србина унете мимо Милошеве воље? Може ли се помислити да се Милош није сагласио да се у Устав упишу деликатне норме с далекосежним политичким последицама, које утврђују државност и независност Србије уз одступање од Хатишерифа? Да ли је Давидовић „злоупотребио Кнежево поверење", како наивно и пристрасно верује Куниберт?[68] Милошево познато опомињање Давидовића да води рачуна шта пише у Уставу (кроз речи цитиране на различите начине), само на први поглед може навести на погрешан траг – да је књаз све препустио Давидовићу. Чувена реченица која почиње са „пази, кумашине...", у било којој верзији да се чита, изражава не резерву или неслагање у односу на садржину, пре свега баш тих најделикатнијих одредби, него открива скоро недвосмислено саглашавање, али уз позивање на опрез и промишљање могућих последица. Милош је очигледно био свестан значаја целокупног уставног подухвата, пратио је финалну фазу његове припреме и свакако се морала обезбедити његова сагласност у погледу коначне редакције. Ипак је Милош био тај који на крају о свему одлучује, а с обзиром на његову пословичну оштроумност и политички инстинкт, Давидовић није могао баш да му тако лако „подметне" оно што он није желео. Дакако, самом Милошу ће касније добро доћи да сву кривицу за „екстремизам" и револуционарност Устава свали на Давидовића, па и да га смени, али то није био ни први ни последњи пут да се такве ствари дешавају у политици. Уосталом, покушај спасавања Устава и сва дешавања после смене Давидовића, јасно откривају какве су биле стварне Милошеве

[67] Ј. Живановић, (1890), 23, 62, према чијим речима „ником није забрањено било своја примечанија чинити". Вид. и Р. Љушић, (1986), 132.

[68] Б. Куниберт, I, 400.

намере и жеље. Због свега тога, можда је ипак умесније говорити о Давидовићевом и Милошевом Уставу?

Ниједан правни акт, чак ни обичан закон, по правилу није плод умних и стручних настојања само једног човека, једног законописца, а поготово то није случај када се ствара устав или кодификација. Нити је Трибонијан главни „кривац" за сва решења која су на крају унета у Дигеста,[69] нити су Порталис, Биго, Тронше и Малвил имали коначну реч приликом доношења Француског грађанског законика, нити је Јован Ристић стајао иза свих одредби Намесничког устава и тако редом. Дакако, појединац или група састављача у којој често једна личност има највећи ауторитет, дају главни печат подухвату, али је финални изглед правног акта ретко само његова творевина. Стога увек остаје отворено питање које треба истражити: какав су утицај на најодговорнијег појединца – непосредног састављача правног акта, могли имати други зналци и друштвено утицајни људи из окружења, а нарочито какав су однос према том акту имали кључни носиоци власти, односно они чија је реч пресудна.

Из тих разлога, чини се да би чешће ваљало размишљати и анализирати каква је била Милошева улога у прихватању сваког појединог (или групе) решења и због чега се са њима саглашавао. У литератури се често чак говори да је Устав био октроисан, што само по себи додатно имплицира и непосреднији утицај владара на садржину устава.[70] А да се Милош трудио да провери Давидовићеве ставове и да се није безрезервно препустио само његовом вођењу, најдиректније сведоче поменута писма грофа Боа ле Конта. На основу њих се чак може отворити и питање није ли и сам Милош желео модеран устав по европским узорима. Можда је на добром трагу био и Куниберт када је рекао да је Аустрија била свесна да је српски устав био „тек тренутни оброчни зачин", али да се могло „оправдано сумњати у скривену намеру да се на тај начин изазове љубав и дивљење за ову малу земљу код свих осталих словенских народности".[71]

[69] Вид. нарочито занимљиве покушаје реконструкције законодавне радње и договора састављача Дигеста на византијском двору приликом њиховог доношења, што је, додуше прилично слободно, покушао да прикаже Д. Пагзли, D. Pugsley, *Jus tinian's Digest and the Compilers*, I III, Tiverton Davon 1995 2007. Колико год да је та његова конструкција слободна, она свакако рефлектује чињеницу да приликом стварања основних правних текстова често до изражаја долази сплет најразличитијих околности, некада чак и бизарних. На то, успталом, најјасније указује А. Вотсон, *Правни трансплaнти,* Београд 2000, 145.

[70] Ј. Продановић, (1936), 44. На томе да је устав „подарен" народу у новијој литератури најјасније инсистира Д. Поповић, (1996), 82 83, додајући да је текст Уста ва припреман „под Милошевим будним оком", а још експлицитније у Д. Поповић, (2004), 73 74. Слично и Р. Љушић, (1986), 142.

[71] Б. Куниберт, II, 20.

Чини се да је стереотип о Давидовићу као главном творцу устава најбоље померио Д. Поповић, указујући на „два слоја“ у Сретењском уставу: први има за окосницу организацију власти, што је погодовало Милошу и на чему је он свакако инсистирао, док други представљају „додаци, преливи и украси који потичу од Давидовића“.[72] Устав је несумњиво носио Давидовићев печат, али су склоп власти, а вероватно и друга кључна решења, били онакави какви су одговарали Милошу. Због тога би, тема прецизног и потпуног утврђивања „очинства“ овог устава свакако завређивала даља истраживања, укључујући и покушаје препознавања ауторског додира других тада утицајних интелектуалаца – на пример, Стефана Радичевића. На њега првог пада „сумња“, јер је био велики пријатељ Давидовићев, одличан зналац упоредног уставног права, који је касније саставио и један пројекат устава „српске Војводовине“,[73] а при том је, како сагласно извештавају сви извори, активно учествовао у припреми Сретењског устава, лично прочитао његов текст на Скупштини, да би затим био и један од главних носилаца континуитета уставних настојања.

5. СТЕРЕОТИП О ФРАНЦУСКИМ УТИЦАЈИМА   БРОЈНИ ПОКЛОНИ ОД РОЂАКА ИЗ ИНОСТРАНСТВА

Међу факторима који профилишу настанак једног правног акта су свакако и струјања из других правних система. Тако се за Сретењски устав везује стереотип о француским утицајима. Могуће је да је он изворно настао због тога што су тајне службе Аустрије, Русије и Турске прецениле значај Милошевог сусрета са Боа-ле-Контом, који је по свему судећи био француски обавештајац, а још више због заиста упадљиве сличности Главе о правима Србина са француским декларацијама о правима човека и грађанина. Још од Бутењевљеве оцене о томе да је Сретењски устав слика „француско-швајцарске конштитуције“, усталило се схватање да је Давидовић био под упливом иностраних уставних решења, пре свега француских. Француски писац Сипријан Робер (*Cyprien Robert*), чије је критички интонирано дело непосредно испровоцирало Кунибертову промилошевску интерпретацију догађаја у Србији, лансирао је крилатицу да је овај Устав „француски расад у турској шуми“.[74] Та фраза

[72] Д. Поповић, (1996), 99. Слично и Д. Поповић, (2004), 76.

[73] Љ. Кркљуш, *Пројекти устава за Војводовину Србију настали у току српског народног покрета 1848 1849*, Нови Сад 2006, 105; иста, „Проект Устава за Војводовину србску Стефана Радичевића“, *Анали Правног факултета у Београду* 4/1989, 393.

[74] C. Robert, *Les Slaves de Turquie   Serbes, Montenégrines, Bosniaques, Albanais et Bulgares*, I II, Paris 1844. Већ и сам Куниберт, I 398 користи ту фигуру, слажући

је касније постала опште место у литератури. Слободан Јовановић је такође сматрао да је Глава 11 *Општенародна права Србина* рефлекс Декларације о правима човека и грађанина и да Устав има „спољашњи облик француских конституција", али је ипак истицао да су основу Устава чинили хатишерифи.[75] Француски утицај препознаје и Јовичић,[76] али негира швајцарски (као и Продановић[77]), указујући при том нарочито и на зрачења белгијске уставности (1831).[78] Васа Чубриловић у Сретењском уставу такође види француски, али и белгијски одсјај, док Марко Павловић сматра да је у њега унето чак и неколико одредаба Наполеоновог кодекса.[79]

У погледу дубине утемељености на француским основама, корисно је сетити се сведочанства Лазара Зубана, „секретара врховног суда", како га назива Нил Попов, члана прве комисије која је требало да припрема устав, а коју је Милош формирао још 1830. године. Зубан је касније сведочио Ј. Хаџићу: „Ми онда тек по чувењу прихватимо француске законе и почнемо их преводити, а нисмо знали у чему је њихно савршенство, и да ли су они сагасни са обичајима нашега народа. Ми смо само слушали да су *најслободнији* француски закони", а потом каже и да су им муке задавале „све иностране не немачке речи".[80] Све у свему, очигледно је Давидовић био тај који је форсирао рецепцију француског права, јер је „волео француске мисли" и хвалио „кодекс Наполеонов", док су готово сви други „предлагали аустријске законе". Стога је вероватно баш он одлучујуће утицао и на то да се као подлога за први пројекат српског грађанског законика узме француски *Code civil* (Захаријадесов неуспешни преводилачки подухват), а не на аустријски законик. Другим речима, франкофон и франкофил Давидовић је био један од ретких Срба који је био склон прихватању француских пелцера (и при том имао снажан утицај),

се с њоме. Иначе, на Роберову књигу је реаговао, поред Куниберта, и кнез Михаило својом књигом која је објављена у Паризу 1850. године, а и Јаков Живановић, мада је његов текст објављен тек 1890. године, нав. према Д. Батаковић, „Бартоломео Куниберт", поговор, Б. Куниберт, II, 325.

75 С. Јовановић, „Наше уставно питање и XIX веку", *Политичке и правне расправе I*, Београд 1932, 10 (Сабрана дела II, Београд 1990, 17), а М. Поповић, *Борба за парламентарни режим у* Србији, Београд 1936, 16 безрезервно тврди да је Устав рађен искључиво по угледу на „француску конституцију". Преглед разли читих схватања о пореклу Устава вид. и код Љ. Кандић, „Устав од 1835", *Архив за правне и друштвене науке* 1 2/1960, 137 138.

76 Нарочито указујући на Уставне повеље из 1814. и 1830. године, М. Јовичић, *150 година*, 85.

77 Ј. Продановић, (1947), 72.

78 М. Јовичић, *150 година*, 103 104.

79 В. Чубриловић, *Историја политичке мисли у Србији XIX века*, Београд 1982, 112; М. Павловић, *Правна европеизација Србије*, Крагујевац 2008, 49.

80 Н. Попов, I, 259.

док је уски круг образованих Срба око њега нагињао ка узорима с немачког говорног подручја.

С друге стране, мањи број аутора негира страни утицај. Радош Љушић иде најдаље и сматра да Давидовић није имао пред собом ни један други устав.[81] Ту донекле спада Јаша Продановић, који вели да чак и одредбе о правима Срба нису резултат „каквог идеалистичког умовања које је унесено из иностранства, него их је изнедрила домаћа српска невоља и зло искуство“ и критички оцењује да Устав „није ни републикански ни револуционаран, него олигархијски“.[82] Љубица Кандић, као и Продановић, верује да је највећи број одредаба домаћег порекла, па чак и оне о грађанским правима.[83]

Ипак, баш је Продановић међу првима понудио упоредноправну анализу Сретењског устава у односу на дотадашње уставе у свету. Он налази да је сличност највећа са уставом немачке државе Виртемберг из 1819. године,[84] а тек у појединостима са португалским – по питању саветничке (министарске) одговорности,[85] као и са шведским – у погледу гаранције непокретности чиновника. Раде Вл. Радовић, још уочи Другог светског рата, доказује општи утицај природног права на Давидовића, али и на српску политичку и правну мисао прве половине XIX века.[86] Стојанчевић сматра да је

[81] Р. Љушић, 150 година, 212, али тиме он у ствари не негира постојање било каквог иностраног утицаја, вид. Р. Љушић, КС, 143: ту он говори да се Устав неспор но оснивао на Хатишерифу и Берату из 1830. године, а да су остале идеје у Уста ву двојаког порекла: неке су прихваћене са стране, док су друге плод унутрашњих потреба. Но, при том истиче само значај идејног утицаја грофа Боа ле Конта на Давидовића, закључујући да највећи део одредаба има домаће порекло.

[82] Ј. Продановић, *Историја политичких странака и струја у Србији*, I, Бео град 1947, 73 74.

[83] Љ. Кандић, „Прилог проучавању уставног развитка Србије 1835 1842“, *Архив за правне и друштвене науке* 1 2/1970, 130.

[84] *Ibid.,* 77.

[85] На први поглед би могло деловати необично да је Давидовић уопште обраћао пажњу на далека португалска решења, али је занимљив аналитички податак изнет у једном тексту о писању *Новина србских*, М. Недељковић, „‘Новине србске’ Димитрија Давидовића о другим земљама и народима“, *Стваралаштво Димитрија Давидовића*, Београд 2009, 147. Према тој анализи, у рубрици „Иностране вести“ *Новина србских* највише пажње се поклањало Турској и Русији, а следеће две земље о којима се најинтензивније писало су биле Шпанија и Португалија! Давидовић је очигледно будно мотрио на дешавања у овим земљама и на њихове тадашње покушаје уређења државе на основама парламентарне монархије. О Давидовићевим конституционалистичким написима, вид. и М. Павловић, (2008), 38.

[86] Р. Радовић, „Либерално природно право у политичкој филозофији Јована Стејића и Димитрија Давидовића“, *Архив за правне и друштвене науке* 5 6/1940, 449 464. Вид. и исти, „Природно правна теорија монархиског апсолутизма у политичкој философији војвођанских Срба, *Архив за правне и друштвене науке* 5/1939, 409 425; исти, „Демократско природно право у политичкој и правној философији Боже Грујовића“, *Архив за правне и друштвене науке* 1/1940, 40 48.

инспирација за Сретењски устав дошла из „слободоумних устава“ Швајцарске и Белгије.[87] Драгољуб Поповић нема дилема у погледу постојања уплива страних устава у Сретењском уставу и, попут Продановића, скреће нарочито пажњу на сличности и с уставима неких немачких држава,[88] као и Драган Стојановић.[89] Поповић детаљно анализира могуће утицаја других устава на поједина решења у Сретењском уставу – регулисање уставног положаја кнеза,[90] законодавства[91] и Државног совјета[92]. Ту је указао на бројне могуће узоре, који су, осим из француске и швајцарских кантона, долазили можда и из белгијске, холандске, португалске, шпанске, пољске, бразилске и немачке уставне традиције. Он закључује да се Давидовић није повео само за једним узором, него је покушао да их комбинује и прилагођава, па је тако „из неоригиналних делова склопљен донекле оригиналан мозаик“.

У сваком случају, долази време да се детаљније преиспита, у посебним радовима компаративно-правног приступа, у којој мери

---

[87] В. Стојанчевић, *Историја српског народа V 1*, Београд 1981, 130.

[88] Поред већ поменутих радова овог аутора, вид. нарочито Д. Поповић, „Димитрије Давидовић од народне к појединачној слободи“, *Либерална мисао у Србији*, Београд 2001, 33, а више о немачким узорима Д. Поповић, „Упоредно правни поглед на организацију власти по Сретењском уставу“, *Стваралаштво Димитрија Давидовића*, Земун 2009², 63. Такође вид. Д. Поповић, „Упоредни поглед на српске уставе“, *Анали Правног факултета у Београду* 4/1989, 382 383.

[89] Д. Стојановић, „Права грађана у уставима Србије“, *Уставни развитак Србије у XIX и почектом XX века*, Београд 1990, 165.

[90] Одредбу чл. 16, која одређује кнеза као „главу државе“, он сматра позајмицом из немачких устава, а чл. 6, према коме кнез дели извршну власт са Државним совјетом, пореди с органским статутима Пољске и румунских кнеже вина, отварајући могућност да су то у основи руски утицаји. Одредбу из чл. 29 да кнез мора бити православне вероисповести, пореди са решењима о обавезној конфесионалној припадности монарха из норвешког, португалског, шведског, вир тембершког и бразилског устава, вид. Д. Поповић, (2009²), 66.

[91] Решење из чл. 50 и 51. Сретењског устава, по коме законодавна иницијатива припада сваком од законодавних чинилаца, Поповић види и у белгијском, баден ском, бразилском, португалском уставу и у француским уставним повељама, а у чл. 14 види апсолутни вето монарха у законодавству и пореди га с решењима у холанд ском и португалском уставу, *ibid.* Ипак, Поповићево мишљење да чл. 14 садржи апсолутни вето није општеприхваћено, већ преовлађује став да је у питању суспен зивни вето, с обзиром да кнез „има право не одобрити сваког закона и уредбе одма, како му их поднесе државни Совјет први и други пут. Но почем му поднесе и трећи пут с новим и исцрпљеним доказатељствима, која не иду на погубу народа или про тиву устава државнога, онда их Књаз одобрава“.

[92] Карактеристичну забрану из Сретењског устава да отац, син и два брата могу истовремено бити чланови Државног совјета, доводи у везу са шведским, и норвешким уставом, као и уставима појединих швајцарских кантона, а надлежност Државног совјета као коначне судске инстанце у трећем степену, мада указује да је то ретка појава у упоредном праву, ипак налази у уставима Вестфалије и Варшав ског војводства, *ibid.,* 67.

су везе Сретењског устава с другим уставима дубинске и уистину последица правних позајмица, а колико су посреди само формалне сличности или су, пак, сасвим другачији услови и разлози довели до појединих сродних решења. Тако се, на пример, увођење Народне скупштине у Сретењски устав често узима као доказ струјања идеје о народном представништву по француском узору (како међу савременицима који су нападали Устав, тако и у доцнијој литератури), а при том се пренебрегава чињеница да је већ Хатишериф из 1830. године који је издала Порта, свакако не по угледу на француске и природноправне идеје, предвидео да кнез врши власт у споразуму са скупштином, додуше традиционалном.[93]

Нарочито је важно установити да ли је Сретењски устав стајао превасходно под француским утицајима и у коликој мери су они суштински. Исто тако, да ли је уопште у Сретењском уставу било швајцарских идеја и колико је валидна мантра о „француско-швајцарској конштитуцији". Уосталом, Јовичић с правом истиче да Сретењски устав нема много веза са швајцарском федералном уставношћу,[94] али треба детаљније анализирати евентуалне сличности с уставима појединих швајцарских кантона, нарочито Цириха из 1831. године. Потребно је исцрпније осветлити значај белгијског Устава при настанку српског уставног првенца и, још више, бројних устава немачких држава тог времена. Јер, непрестано треба имати на уму да је од страних језика немачки био далеко најраспрострањенији међу малобројним образованим Србима који су се тада нашли у Србији, јер су то углавном били људи који су се школовали у Аустрији и Угарској, тако да има смисла темељније истраживати и евентуално преношења правних идеја с тог говорног подручја. [95]

У тим трагањима опрез је увек неопходан, али се захтев за пажљивим разгртањем различитих слојева поготово заоштрава у време популарности Вотсонове теорије правних транспланата.[96] Том опрезу би се могла додати кратко формулисана опомена, да парафразирамо једну нашу лепу изреку, *није трансплант све што личи*. Јер,

[93] Мада, остаје отворено питање превођења, тј. да ли се ту говори о народној скупштини или једноставно о „скупу", који би могао онда подразумевати и скуп старешина.

[94] М. Јовичић, *150 година*, 104.

[95] Један такав рад је настао управо у време када и овај текст, из пера доктор анда на Правном факултету Универзитета у Београду Миљане Тодоровић, асистента Правног факултета из Ниша, вид. М. Тодоровић, „Инострани утицаји на главу, Об штенародна права Србина' у Сретењском уставу", *Пешчаник*, Историјски архив у Нишу, 8/2010 (у штампи).

[96] Поред његовог већ поменутог фундаменталног дела *Правни транспланти приступ упоредном праву*, вид. и чланак А. Вотсон, „Право у књигама, закон и стварност: упоредноправни поглед", *Анали Правног факултета у Београду* 2/2007.

и ако је било преузимања страних узора, они су снажно модификовани у складу с локалним условима и реалним политичким приликама. Тај трновити пут да се с великим стрпљењем, уз много аналитичности и опрезно сагледавају сличности, али и да се свака сличност разумева у свом контексту, свакако чека младе истраживаче. Срећом изгледа да има на помолу оних који желе да прихвате овај изазовни, недовршени задатак.

Како год било, не може се негирати чињеница да је Сретењски устав баштинио доста различитих поклона из других правних система. Он је, са стране гледано, заиста доживљен као веома модеран у упоредноправном окружењу, па је некима „Србија изгледала као нова Америка“.[97] Поред утиска који је стекла званична Русија и Порта да је у питању революционарни правни текст донет по иностраним рецептима, две недеље по објављивању Устава, Јеврем Обреновић пише из Београда у Крагујевац брату Милошу о реакцији у Аустрији, али не званичној, већ оној неофицијелној, либералној: „Заиста казати могу, да се и наше комшије иностранци диве и чуде мудрим благорасположенијама Вашим, и не сравњују с уредбама Вашим ни оне државе, које се од толико година установљавају, (па) ни саму Америку! И Богу Милостивом благодарим кад нам се имају и чему дивити“.[98]

6. УМЕСТО ЗАКЉУЧКА СТЕРЕОТИП О БЕЗНАЧАЈНОСТИ ПРАВА ЗА ФОРМИРАЊЕ НАЦИОНАЛНЕ СВЕСТИ КОД СРБА

Последњи стереотип, који се не тиче само Сретењског устава, је везан за једно виђење споља. Прилично је распрострањено мишљење да се код балканских народа, па и код Срба „право није појављивало као битан фактор, нити значајан у националној свести“. О томе без ограда говори један од највећих компаративиста XX века, Рене Давид.[99] Ако би се то можда могло рећи за друге балканске народе, то у случају Србије није тачно. Додуше, за овај стереотип сами смо одговорни, јер недовољно чинимо у обавештавању светске јавности о сопственим правним дометима. Тако је и код нас самих

[97] М. Гавриловић, (1926), 195 196. Узгред, у време док је радио на Уставу, Д. Давидовић је објављивао у наставцима превод Устава САД у свом листу *Новине србске*, које је најпре основао и штампао у Бечу 1813. године, а касније (од 1834. године) почео да их редовно издаје у Крагујевцу као прве дневне новине које се штампају у Србији.

[98] М. Гавриловић, *ibid.*

[99] R. David, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris 1978, 168. На ову околност је указао Д. Денковић, „Развој државне власти и управе у Србији и значај Сретењског устава од 1835. године“, *150 година*, 208.

остала недовољно истакнута једна важна чињеница, која није пука коинциденција, већ знаковити податак. Некако баш у исто време када се почело размишљати о првом Уставу, паралелно са борбом за што повољнију садржину Хатишерифа, Милош (или, још вероватније, Димитрије Давидовић, чије знање француског језика хвали Боа ле Конт) увиђа потребу за доношењем грађанског и кривичног законика. Као и у случају Устава, све се то дешава далеко раније него у било којој земљи у окружењу. Тако Милош већ 1829. године даје налог учитељу свога сина, кнежевића Милана, Грку Геогију Захаријадесу, да на српски језик преведе део Наполеоновог кодекса (а не аустријског!), као први корак у припремању кодификације грађанског права у Србији, коју је (као и кодификацију кривичног права) заговарао, а можда чак и иницирао, и Вук Караџић.[100]

Паралелизам у припремању ових фундаменталних правних текстова – устава и кодификација, без којих нема уређене државе, додатно нас уверава да је важан Милошев мотив за доношење Сретењског устава могао бити не само лични интерес. Макар у подједнакој мери то је било сазрело уверење да је развијеност правних институција од суштинског значаја за националну самосвест и државну независност, за оно што би се данас назвало национални идентитет. Дакако, то вероватно није могао бити изворни Милошев увид, већ зрело сагледавање човека светског формата, Димитрија Давидовића – онога коме је Милош поверио своју кацеларију и све државне послове, али и оних других с којима је он комуницирао, који су чинили део једног младог, модерног либералног интелектуалног круга који је у Србији тек стасавао. Та спона, барем временски, а могуће је и персонално (у лику ерудите Димитрија Давидовића као *spiritus movens*-а), тесно повезује почетак припрема првог српског устава и прве српске кодификације, Но, истовремено, та веза можда може бити и један од путоказа при размишљању о дилеми да ли су се код састављања Сретењског устава користили инострани узори и у коликој мери су ти утицаји долазили из Француске, а колико из других европских правних породица.

Србија је тако 1835. године добила *први* прави Устав у овом делу света (јер су грчке уставне повеље из двадесетих година тог века ипак биле фрагментарне и краткотрајне, па не би заслуживале више од назива „уставни акти“, како се обично називају исто тако фрагментарни први српски уставни покушаји из 1808. и 1811. године). Устав је Србија добила, стицајем историјских околности, пре великих сила какве су биле Русија, Турска или Аустрија, у време када су га већ имале Шведска (1809) и Норвешка (1814), Шпанија (1812)

[100] С. Јовановић, „Јован Хаџић“, *Из наше историје и књижевности*, Београд 1931, 36.

и Португалија (1826), Холандија (1815) и Белгија (1831), али и низ немачких државица као Баварска (1818), Баден (1818), Виртемберг (1819), Хесен-Дармштат (1820), Заксен-Алтенбург (1831), Брауншвајг (1832).[101] И то не било какав, већ устав у коме су „установљена" најлибералнија правна начела тога доба – једнакост пред законом, слобода и сигурност личности и имовине, *habeas corpus*, *nullum crimen sine lege* и *ne bis in idem*, укидање феудалних односа, увођење народне скупштине, судска независност, сталност чиновника. А такав Устав је почео да се рађа бар неколико година пре објављивања, паралелно са хатишерифима. Јавио се пре свог времена, рано је запевао националну песму, и зато је био тако краткотрајан.

Србија је такође, додуше тек 1844. године, после доста перипетија и на крају по аустријском узору, из пера Јована Хаџића (на том послу од 1837. године), добила и *први* модерни грађански законик у региону, а четврти по реду у Европи (после француског из 1804, аустријског из 1811. и холандског из 1838. године).[102] Али, о томе свет не зна, а и код нас се о месту Српског грађанског законика у упоредном праву мало пише, поготово на светским језицима.[103] И због тога, између осталог, највећи светски ауторитети и даље робују нетачном стереотипу да се код Срба право није појављивало као битан фактор националне свести. А ствари стоје управо супротно. О томе сведочи чврста решеност Милоша и српских интелектуалаца да се правни систем уреди по узору на најбоља правна достигнућа тога времена, и то почев од устава и кодификација, што недвосмислено рефлектује јасну спознају о значају права за националну самосвест и самосталност. Због тога ни Сретењски устав не треба сагледавати као изоловани правни акт, већ као део једног снажног законодавног замаха који је започео тридесетих година XIX века, који је кулминирао доношењем првог самостално састављеног Устава 1835. године и прилично специфичног Српског грађанског законика из 1844. године, који није тек пуки превод аустријског модела, што је још један од стереотипа наше правне историје који треба преиспитати.

---

[101] Ј. Продановић, *Историја политичких странака*, 75, налази донекле сличне „монархистичке" одредбе у шведском, баварском, баденском, виртембершком, пор тугалском и белгијском уставу.

[102] У оваквом рангирању не рачунамо покушаје пресликавања Наполеоновог законика у Краљевини двеју Сицилија или скоро дословни превод тог законика у баденском Грађанском законику из 1810. године, као ни Баварски, Пруски и друге законике појединих немачких државица из друге половине XVIII века, јер се они без сумње не могу сматрати модерним грађанским кодификацијама.

[103] Тек се недавно на Википедији појавио податак да је Србија „једна од првих држава" која је у својој кодификацији „кроз правне трансплантe следила" Аустријски грађански законик, *http://en.wikipedia.org/wiki/Civil code*, посећено апри ла 2010. године. *Google Scholar* и *Social Science Research Network (SSRN*) до данас не садрже ни један једини текст о Српском грађанском законику.

Наравно, као и у поменутом примеру Српског грађанског законика, ниједан од наведених стереотипа о Сретењском уставу није настао сасвим без основа. Ипак, с њима се мора веома пажљиво поступати. Јер, колико су опасни национални, расни, социјални, верски и други стереотипи и етикете, толико су опасни и они историјски, јер редукују веома комплексну стварност на поједностављена виђења. Када се једном формира, стереотип лако постаје основа или барем оријентир за нова извођења, а као погрешна или непотпуна премиса води ка даљим нетачним закључцима о важним историјским чињеницама и збивањима. Ово је поготово важно када се примењује метод тзв. Ранкеовске модерне емпиричке историје, која у политици, политичарима и владарима види одлучујући фактор историјских промена,[104] а чије трагове носи највећи део истраживања везаних и за правну историју Србије у XIX веку. Због свега тога, циљ овог рада није да се неки важни елементи који леже у основи поменутих увређених схватања сасвим негирају, него да им се убудуће приступа са више пажње и опреза, као и да се у истраживањима која следе она поново размотре и барем донекле релативизују. Овде је, поводом 175 година од настанка Сретењског устава, понуђен само могући путоказ.

Dr. Sima Avramović

Professor
University of Belgrade Faculty of Law

THE FIRST SERBIAN CONSTITUTION OF SRETENJE (CANDLEMASS)* 175 YEARS AFTER

Summary

The author points to a few strongly rooted stereotypes regarding the first Serbian Constitution of Sretenje adopted in 1835. He calls for their re-evaluation and offers new arguments as a starting point to encourage further research.

There are scholars who raise the question whether the 1835 act was the first Serbian constitution. Some claim that there were previous

[104] Вид. више P. Burke, *New Perspectives on Historical Writing,* University Park, Pa. 1998, 3.

* Religious Orthodox Christian festivity Presentation of the infant Christ in the Temple, celebrated on February 2nd (old calendar), i.e. 15th (actual calendar). The Consti tution was adopted the next day, February 3/16, 1835.

historical documents, which were of constitutional character, while others contest the constitutional nature of the 1835 act, due to the lack of formal sovereignty of Serbia in that time. In the author's view the Constitution of Sretenje had sufficient formal and substantial elements comparable to other contemporary European constitutions.

The author is of opinion that the Constitution was not imposed to then Serbian prince Milosh as an aftermath of the rebellion of the influential leader, Mileta, in 1835. Prince Milosh sincerely wanted to provide a constitution for the country, and had ordered its drafting five years before the rebellion took place. The author offers evidence that prince Milosh vigorously tried to save the Constitution after the strong negative reactions to its adoption, which came from Russia, Turkey and Austria. The three powers considered the Constitution to be revolutionary, modern and dangerous for their countries, which was particularly the case of its Chapter XI, providing on civil rights and liberties. The Serbian prince was therefore pressed to suspend the Constitution unwillingly only six weeks after its adoption. The author tries to prove that prince Milosh was in favour of adopting the Constitution not only for his own personal advantage. He perceived it as an important instrument of creating national identity and independence.

Two more stereotypes are re-examined. One concerns the scope of contribution of Dimitrije Davidović to the Constitutional drafting, for he is traditionally believed to be the author of the Constitutional text. The other is the cliché about the influences of the French constitutional documents upon the provisions of the first Serbian constitution.

In conclusion the author disagrees with the prejudice that law was irrelevant factor in the process of creation of the national conscience among Serbs. On the contrary, rather strong legislative efforts of the mid 30s of the 19th century have brought about not only the first Serbian Constitution, but also the emergence of the first code. It was the Serbian Civil Code, adopted in 1844, which was among the first in Europe. He concludes that all stereotypes existing in respect of the Constitution of Sretenje must be thoroughly researched, which is particularly the case of the one concerning sources of foreign influences upon the Constitution.

Key words: *Constitutionality in Serbia. – Influence of European XIX century constitutions. – Prince Milosh. – Dimitrije Davidovic. – Legal transplants.*

УДК 343.211.2

Др Милан Шкулић

редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

НАЧЕЛО ЗАКОНИТОСТИ У КРИВИЧНОМ ПРАВУ

У раду се анализира значај начела законитости у кривичном праву, као једне од виталних гаранција правне сигурности грађана у демократском друштву и правном систему, као и његови основни елементи. Он је у већини држава континенталне Европе не само кривичноправног, већ и уставноправног карактера. Овај принцип има нешто другачије значење у државама које припадају англосаксонском правном свету, где се формално посматрано, више него о начелу законитости, ради о начелу правности (прописаности) у кривичном праву.

Начело законитости се у националним кривичноправним системима поистовећује са познатим правилом nullum crimen, nulla poena sine lege, што се у основи односи на неколико важних захтева: Кривичним законом се не могу стварати инкриминације на општи начин, по принципу сличности, тј. забрањено је креирати кривична дела и казне за њих путем аналогије nullum crimen nulla poena sine lege stricta. Кривични закон мора да постоји у писаном облику, тако да се инкриминације и казне не могу заснивати на неписаном праву, односно пре свега, оне се не могу темељити на обичајном праву nullum crimmen nulla poena sine lege scripta. Кривична дела морају да буду законски предвиђена, односно прописана као кривична дела, као и казне за њих, пре него што су деликти извршени, тј. да се забрањује ретроактивна примена кривичног закона nullum crimen nulla poena sine lege praevia. Кривични закон мора да има висок степен одређености у погледу предвиђених инкриминација, односно прописаних кривичних дела и казни nullum crimen, nula poena sine lege certa.

У раду се у вези с начелом законитости у кривичном праву посебно анализира и могућност непосредне примене правила међународног права, што је илустровано и одређеним примерима из међународноправне праксе. На темељу анализе релевантних одредби Устава Србија, у раду се закључује да је непосредна примена међународног права у Србији могућа само када су кумулативно испуњењена два услова: 1) неопходно је да се ради о одредбама садржаним у потврђеним међународним уговорима и 2) те међународноправне одредбе морају бити у складу с Уставом Србије. Начело законитости је у свом класичном облику од толико велике важности у савременом кривичном праву да је веома тешко замислити, а нарочито, и оправдати његово ниподаштавање, па

чак ни било какву релативизацију, бар не у демократском друштву и правном систему државе која се одликује владавином права.

Кључне речи: *Начело законитости. Кривично право. Међународно кривичн о право. Правна сигурност. Владавина права.*

1. НАСТАНАК НАЧЕЛА ЗАКОНИТОСТИ И ЊЕГОВО МЕСТО У ПРАВНОМ СИСТЕМУ

Начело законитости је, историјски посматрано, „потекло још из Устава неких америчких држава (Вирџинија и Мериленд, 1776), као и из аустријског Кривичног законика Јозефа II од 1787; било је садржано у француској Декларацији о људским и грађанским правима и низу других националних аката, да би данас постало међународно признато, а при том су његови корени у националним законодавствима везани за следеће факторе: 1) утицај политичког либерализма, чији један од основних постулата представља начело законитости, које је брана политичком и правном апсолутизму; 2) демократија и подела власти – то начело, и посебно у њему садржана забрана ретроактивног дејства кривичноправних норми, су важан сегмент поделе власти, која у основи почива на идејама Монтескјеа; 3) генерална превенција – у духу учења Фојербаха начело законитости је важан елеменат опште превенције,[1] као једна врста унапред познате претње за случај извршења кривичног дела; 4) принцип кривице је такође повезан са начелом законитости, јер се не може говорити о нечијој кривици, уколико кривично дело као такво није било прописано пре његовог извршења“.[2]

Несумњиво је да начело законитости има велики значај за положај човека у једном друштву и правном систему, тако да је од свих претходно набројаних фактора вероватно најзначајнији онај који се односи на *демократију и поделу власти*, што је блиско повезано са утицајем *политичког либерализма*,[3] јер се ти разлози конституисања начела законитости испостављају као веома важни за заштиту виталних грађанских права. Зато би свим демократским правним системима, односно уређеној правној држави која се одликује владавином

[1] Израз *nullum crimen, nulla poena sine lege* се углавном и приписује Фојербаху.

[2] Више о томе C. Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I *Grundlagen Aufbau der Verbrechenslehre*, Verlag C. H. Beck, München 1997[3], 98 99.

[3] Као антипод овоме, историјски је неспорно да је начело законитости своју најоштрију негацију доживљавало у диктаторским системима, што је било посебно карактеристично за нацистичку Немачку, као и рану совјетску државу, док је у нашој земљи већ легендарна констатација Јосипа Броза из доба самоуправног социјализма, да се „закона не треба држати као пијан плота“.

права, начело законитости морало бити у пуној мери имманентно, без остављања правних могућности за стварање изузетака који би ово начело у мањој или већој мери дерогирали, јер би се то, истовремено, сводило на опасно угрожавање људских права и слобода.

Начело законитости није само једно од основних начела кривичног права, које се данас сматра општеприхваћеним у државама које се одликују владавином права, већ је оно у савременим правним системима подигнуто на ранг уставног начела.[4] Према чл. 34, ст. 1 Устава Србије, нико се не може огласити кривим за дело које, пре него што је учињено, законом или другим прописом заснованим на закону није било предвиђено као кажњиво, нити му се може изрећи казна која за то дело није била предвиђена. Начело законитости се потом, формулише и у чл. 1 Кривичног закона Србије, по којем никоме не може бити изречена казна или друга кривична санкција за дело које пре него што је учињено законом није било одређено као кривично дело, нити му се може изрећи казна или друга кривична санкција која законом није била прописана пре него што је кривично дело учињено. Уставна одредба је широко формулисана и односи се на све врсте деликата који постоје у правном систему, односно у тзв. казненом праву у ширем смислу (кривично дело, привредни преступ и прекршај). Међутим, код прописивања кривичног дела и кривичне санкције, то може бити учињено само законом,[5] а не и другим прописима, као што је то на пример уредба.[6]

Сличне формулације као што је и она која постоји у Уставу Србије и српском Кривичном законику, садрже и кривични закони(ци) других европских држава. На пример, „француски Кривични законик садржи принципе забране повратног дејства кривичног закона, забрану аналогије, те принцип законитости – *nullum crimen, nulla poena sine lege*, као неотуђиву гаранцију слободе“.[7] Такође, Кривичним законикот Шпаније се у чл. 2, прописује да „ниједно дело нити прекршај не могу бити кажњени, ако пре извршења нису били законом одређени“, а у истој одредби се забрањује ретроактивно дејство кривичног закона, уз формулисање изузетка (чл. 2, ст. 2), када се ради о обавезној примени блажег закона.[8]

---

[4] З. Стојановић, *Кривично право*, *CID* Подгорица, 2008, 37 38.

[5] Према чл. 34, ст. 2 Устава Србије, кривична дела и кривичне санкције одређују се законом.

[6] З. Стојановић, *Коментар Кривичног законика*, Службени гласник, Београд 2006, 26.

[7] U. Hübner, V. Constantinesco, *Einführung in das französische Recht*, Verlag C.H. Beck, München 2001, 132.

[8] *Das spanische Strafgesetzbuch*, Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freuburg im Breisgau 2002, 17.

У већини држава континенталне Европе начело законитости је утемељено на уставноправним одредбама. На пример, према чл. 7 I Устава Грчке прописано је: „(а) Кривично право мора бити писано право. Казна се не може темељити на обичајном праву или на праву које стварају судије. То не представља препреку да судови исправно тумаче законе; (б) казна не може бити изречена према анологији; (ц) казна не може бити изречена на темељу права које на стриктан начин не прописује понашање које представља кривично дело или не прописује кривичну санкцију унутар законског максимума и минумума; (д) кривично право нема ретроактивно дејство".[9] Чл. 103, ст. 2 немачког Основног закона који има уставни ранг,[10] такође садржи стриктно формулисано правило *nullum crimen, nulla poena sine lege* и прописује да кривични закон мора бити писан, забрањује кажњавање на темељу обичајног права, те прописује правило *lex certa*, сходно коме не само опис бића кривичног дела, већ и правне последице морају бити законом стриктно одређени.[11] У немачкој теорији се у вези с овом одредбом запажа да „језик кривичног закона мора бити толико прецизан да сваки појединi грађанин мора имати могућност да сазна значење норме у смислу које понашање је кажњиво, тако да се у најмању руку може упознати са ризиком кажњавања".[12] И многе ваневропске државе начело законитости формулишу уставним одредбама. То је, на пример, случај са Јапаном, у чијем Уставу се у чл. 37 забрањује ретроактивна примена кривичног права и предвиђа да кривично дело и казна за њега морају законом бити прописани пре извршења.[13] И кривична законодавства других ваневропских држава стриктно познају начело законитости. На пример, кривично право Израела се, без обзира што је настало под снажним утицајем енглеског права за које класично континентално-европско схватање начела легалитета није типично, „стриктно заснива на неколико правила: 1) лице може бити кажњено само за дело које је било забрањено у време када је извршено, 2) лице које учини такво дело може бити кажњено, само ако је његова кажњивост постојала пре извршења; 3) само законодавна власт може установљавати кривична дела и каз-

[9] K. D. Kerameus, P. J. Kozyris, *Introduction to Greek Law,* Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, Boston 1993, 340.

[10] Овај „закон" некадашње Савезне Републике Немачке, а сада уједињене Немачке, само терминолошки није означен као немачки Устав, што је једна од манифестација пораза Немачке у Другом светском рату, јер првих поратних година једноставно није било „прикладно" да ова држава (тада још и подељена на две Не мачке) и формално има устав.

[11] H. Gropengießer, H. Kreicher, „Landesbericht Deutschland", *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen* (Hrsg. A. Eser, H.Kreicker), Max Planck Institut für ausläendisches und internationales Strafrecht, Freiburg im Breisgau 2003, 56.

[12] *Ibid.*

[13] H. Oda, *Japanese Law,* Oxford University Press, London 1999, 417.

не за њих – судови немају овлашћење да креирају кривична дела према аналогији у односу на већ постојеће деликте“.[1]

Начело законитости је на одговарајући начин, али не под тим називом, прописано и међународноправним актима највишег ранга. У Универзалној декларацији УН[2] ово начело је прописано на један широк начин, који је карактеристичан за схватање „начела правности“ или принципа „прописаности правом кривичног дела и казне“ у англосаксонском праву. Према чл. 11, ст. 2 ове декларације нико се неће сматрати кривим за био које кривично дело или пропуштање, ако оно домаћим или међународним правом није прописано као казнено дело. Такође, не сме се изрећи тежа казна од оне казне која је била примењива у време када је кривично дело учињено. Слична формулација се користи и у Европској конвенцији за заштиту људских права и основних слобода.[3] Према чл. 7, ст. 1 ове конвенције нико се неће сматрати кривим за кривично дело учињено чињењем или нечињењем, које у време извршења није према правилима националног или међународног права било кривично дело. Не може се применити тежа казна од оне која је била прописана у време извршења кривичног дела. Европска конвенција у чл. 7, ст. 2 садржи и својеврсну ограду од овог примарног правила, тако што се прописује да оно не утиче на суђење и кажњавање лица за чињење или пропуштање које је у време извршења сматрано кривичним делом у складу са општим правним принципима признатим од стране цивилизованих народа. Наведене формулације, а посебно она из чл. 7, ст. 2 Европске конвенције суштински представљају начело законитости,[4] али не у потпуности и у стриктном смислу, јер формално остављају простора да се и другим изворима права прописују кривична дела и казне, мада је то у државама континенталне Европе практично незамисливо, а формално немогуће, јер је у већини тих држава, начело законитости уставног ранга.[5] У немачкој кривичноправној теорији се у вези ових европских правила у односу на начело законитости констатује

[1] A. Shapira, K. C. DeWitt Arar, *Introduction to the Law of Israel,* Kluwer Law International, Boston 1994, 258.

[2] Усвојена и проглашена резолуцијом Генералне скупштине УН 217 A (III) од 10. децембра 1948. године.

[3] *European Treaty Series*, No. 5.

[4] У том смислу и већина аутора из европских земаља и формално чл. 7 Конвенције именује као начело *nulla poena sine lege*. Упор. H.Satzger, *Internationales und Europäisches Strafrecht,* Nomos, Baden Baden 2005, 142.

[5] У том смислу се у литератури примећује да иако чл. 7 Европске конвенције садржи начело законитости (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), тако што се у ст. 1 овог члана штити од повратног дејства кривичноправних норми, те од кажњавања без законске основе или на темељу аналогије, укупна садржина тог члана је далеко иза начела законитости прописаног у немачком Уставу (Основном закону чл. 103, ст. 2 GG). Више о томе: K. Ambos, *Internationales Strafrecht Strafanwendugsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht*, Verlag C.H.Beck, München 2006, 362.

да је формулација начела законитости садржана у Основном закону Немачке,[6] строжа у односу на одредбе чл. 7, ст. 1 Европске конвенције о људским правима и основним слободама, као и у односу на истоветан текст Међународног пакта о грађанским и политичким правима од 19. децембра 1966. године, те у погледу чл. 49 (1), ст. 2 Европске повеље о основним правима од 7. децембра 2003 године,[7] који сви садрже упућивање на могућност кажњавања сходно „међународном праву“ и онда када кажњивост у време извршења кривичног дела није била прописана националним законодавством.

Иначе, „значајна одступања од начела легалитета и принципа да задатак тумачења националног права припада у првом реду, националним судовима, Европски суд за људска права је чинио у случајевима представки против СР Немачке за осуде које су изречене припадницима бившег ДДР режима. У својим пресудама[8] Суд је стао на становиште да подносилац представке не може да се позива на разлоге за искључење постојања кривичног дела у чијем нормирању је и сам учествовао“.[9] Такође, у овом случају, као и посебно, у случајевима осуда војника-граничара који су пред судовима СР Немачке одговарали за убиства бегунаца из ДДР-а, Европски суд за људска права је подржао дубиозне одлуке немачких судова који су се очигледно огрешили о начело законитости.[10]

2. САДРЖИНА И ДЕЈСТВО НАЧЕЛА ЗАКОНИТОСТИ

Начело законитости, као једно од најзначајнијих достигнућа кривичног права и принципа правне државе,[11] се у националним кривичноправним системима поистовећује са познатим правилом *nullum crimmen, nulla poena sine lege*, тј. да нема кривичног дела нити казне без закона,[12] што се у основи односи на неколико важних захтева.[13]

6 Та констатација важи и за већину осталих држава континенталне Европе.

7 Службени лист ЕУ, Nr. C 364/1 од 18. 12. 2000, штампано у збирци *Sartorius II*.

8 *Strelez, Kessler and Krenz*, пресуда од 22. марта 2001. године.

9 А. Јакшић, *Европска конвенција о људским правима коментар,* Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2006, 236.

10 *Ibid.*, 237 238.

11 З. Стојановић, 26.

12 За принцип законитости се истиче да он „гарантује заштиту грађана од самовољне примене и простирања државне власти. Он утврђује да само писани закон прописује кажњивост одређене радње, као и запрећену казну као њену правну последицу.“ Више о томе: J. Wessels, *Strafrecht Allgemeiner Teil die Straftat und ihr Aufbau*, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 1996[26], 8.

13 C. Roxin, 99 104.

Кривичним законом се не могу стварати инкриминације на један општи начин, по принципу сличности, што значи да је забрањено креирати кривична дела и казне за њих путем аналогије – *nullum crimen nulla poena sine lege stricta*.

Кривични закон мора да постоји у писаном облику, тако да се инкриминације и казне не могу заснивати на неписаном праву, односно, оне се не могу темељити на обичајном праву – *nullum crimmen nulla poena sine lege scripta*.

Кривична дела морају да буду законски предвиђена, односно прописана као кривична дела, као и казне за њих, пре него што су деликти извршени, што значи да се забрањује ретроактивна примена кривичног закона, мада се по правилу омогућава повратно дејство одређене материјалне кривичноправне норме, ако је она повољнија (блажи закон) за окривљеног – *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*.

Кривични закон мора да има висок степен одређености у погледу предвиђених инкриминација, односно прописаних кривичних дела и казни – *nullum crimen, nula poena sine lege certa*.

2.1. Начелна забрана аналогије

Аналогија значи да се на један случај који није регулисан општом нормом примењује друга правна норма, чије је дејство предвиђено за неки други случај, који је сличан оном случају у односу на кога постоји правна празнина. Та сличност два случаја – једног који је „покривен" нормом и другог који је практично нерегулисан, представља легитимацију и основу за примену аналогије, која се своди на једну врсту премештања или проширења дејства једне норме на ситуацију на коју се она иначе не односи, али је та ситуација слична с оном на коју се норма изворно односи и примењује.

У кривичном материјалном праву је примена аналогије, сходно начелу легалитета, стриктно забрањена. Она се забрањује, пре свега, из разлога правне сигурности, јер би било недопустиво и потенцијално изузетно плодотворно за тешке злоупотребе, да се таквим широким методом тумачења правних празнина практично омогућава креирање нових инкриминација или њихових делова, односно других кривичноправних одредби, које иначе нису стриктно прописане законским нормама. Супротно овоме, аналогија је допуштена у кривичном процесном праву јер, с једне стране, кривично процесно право, због своје изразите сложености и велике међусобне повезаности и велике међуусловљености његових одредби, оставља далеко већи простор за постојање правних празнина него кривично материјално право. С друге стране, применом аналогије у кривичном

процесном праву начелно је далеко мање могуће повредити нечија права и слободе него што би то био случај са њеном применом у кривичном материјалном праву.[14]

Пример потенцијалног асоцирања на примену аналогије у нашем кривичном праву

У кривичном материјално праву постоје понекад неки случајеви који се своде на одговарајућа тумачења по сличности, те се као такви приближавају аналогији и на њу асоцирају, иако је она начелно забрањена. Овде се не ради о правним празнинама, већ је у питању посебна законодавна техника упућивања на одговарајућу сличност приликом формулисања кривичноправне норме. Одређене радње се дефинишу само на један релативно уопштен начин, при чему се изједначавају са другим прецизније одређеним радњама. Овакви случајеви су често веома захтевни за суд који тумачи релевантне правне норме, те захтевају висок ниво правничког знања, али и животног искуства судије. Типичан пример ове врсте у нашем праву је алтернативно дефинисана радња извршења кривичног дела силовања.

Кривично дело силовања се у свом основном облику састоји у принуди другог на обљубу или с обљубом изједначени чин, употребом силе или претњом да ће се непосредно напасти на живот или тело тог лица или њему блиског лица (чл. 178, ст. 1 КЗ). Радња извршења је формулисана као принуда, која се реализује било силом, било квалификованом претњом,[15] путем које се алтернативно остварује: 1) *обљуба* или 2) *с обљубом изједначени чин*.

С обзиром на то да је сада у истом кривичном делу инкорпорирано некадашње класично силовање (принудна обљуба) и некадашњи противприродни блуд (принуђавање на одређене посебне облике сексуалног контакта), законодавац је, по свему судећи, мислио на радње које су се код нас деценијама третирале као противприродни блуд, тј. орални и анални сексуални контакт до кога дође принудом или квалификованом претњом. Међутим, употребљена формулација по

[14] Вид. М. Шкулић, „Суд као субјект тумачења казненоправне норме“, *Тума чење казненоправне норме и адекватност њене примене*, Српско удружење за кри вично право, Удружење јавних тужилаца Србије и *Canada Serbia Judicial Reform Project*, Београд 2009, 83.

[15] Претња је у основном облику силовања квалификована тако што је усме рена на стављање у изглед непосредног напада на живот или тело пасивног субјекта или лица блиског њему, док је за други облик силовања (код којег никада нема при мене ефективне силе), карактеристична претња уцењивачког карактера, која је усме рена на то да ће се за пасивног субјекта или њему блиско лице открити нешто што би шкодило његовој части или угледу или се пасивном субјекту прети другим те шким злом.

којој се радња силовања, осим у обљуби, може састојати у „другом с обљубом изједначеном чину“,[16] у ствари, значи да је у питању одређена радња која до неке мере *личи* на обљубу, али ипак није обљуба, јер нема све њене особине, односно битне елементе (на пример, истополни активни и пасивни актер силовања), па се стога третира само као с обљубом изједначена, а при том је судској пракси препуштено да у конкретним случајевима решава да ли се ради о таквој радњи. Овакав начин формулисања ове радње поприлично асоцира на аналогију, јер се ради о радњи која самим тим што је са другом стриктно дефинисаном радњом изједначена, на њу личи, тако да су у конкретном случају на темељу трагања за *сличностима* између радњи о којима се ради, решава да ли је у питању таква радња која се може сматрати радњом којом је извршено силовање, наравно ако истовремено постоје и принуда, односно квалификована претња, захваљујући којима је таква радња и реализована. Овде се ипак не ради о правој аналогији и оваквим формулисањем, тј. таквим конструисањем кривичноправне норме није нарушено начело законитости. Но, неспорно да суд приликом тумачења овакве норме, односно њене примене на конкретан случај, мора резоновати по „принципу сличности“, али не међу нормама, већ у односу на одређене конкретне животне радње. Стога то није аналогија у примени или стварању права, већ се ту ради о некој врсти аналогије у тумачењу елемената животне стварности, када суд оцењује да ли је одређеном радњом остварено конкретно кривично дело и на који начин. То није идеално решење, али је, с обзиром на особеност и *ratio legis* нове (проширене) дефиниције силовања, практично немогуће смислити бољи правно-технички начин креирања норме, а да се то не сведе на бесмислено таксативно набрајање.

2.2. Забрана неписаних извора кривичног права

Суштина забране неписаних извора кривичног права се не састоји у потреби „информисања грађана“,[17] јер није спорно да обичан грађанин није претерано заинтересован за читање кривичних закона, нити се *lex scripta* уопште и може свести само на идеју да се на такав начин омогућава „сваком грађанину да се „упозна с одредбама и да своје понашање усклади с императивним нормама и тако

---

[16] Веома слична формулација постоји у Кривичном законику Аустрије.

[17] Ако би се пошло од замишљене формуле: *правило + писана форма ин формисани грађанин*, могло би се с једне стране, далеко пре рећи*: правило + писана форма обавештени судија* или, с друге стране: *правило без писане форме пот пуна арбитрерност*, односно самовоља, као предворје правне анархије и потпуне правне несигурности грађана.

избегне кажњавање.“[18] Није потребно озбиљније полемисати са таквом идејом, јер је она већ на први поглед илузорна, а нарочито се то питање не може априорно повезивати са проблематиком правне заблуде. Нема много ни правника који знају све норме кривичног права, а камоли правних лаика, али то не може бити разлог за негирање неопходности да извори кривичног права буду у писаној форми. Чак и да је заиста основни циљ *lex scripta* да се тиме омогући информисање грађана о томе шта је кажњиво у кривичноправном смислу, потпуно је бесмислено да се, због тога што објективно већина грађана нема појма о томе шта је написано у кривичним законима, нити их то претерано интересује, негира потреба да ти закони обавезно буду у писаном облику, јер тек онда грађани не би могли бити „информисани“ о постојећем кривичном праву.

Суштина деловања *lex scripta* није у „јавном обавештавању“ грађана,[19] иако није спорно да се тиме, што су закони обавезно у писаној форми, установљава апстрактна могућност да се грађани који су заинтересовани упознају са кривичним правом, већ у *забрани деловања обичаја као извора кривичног права*, што се своди на доследно очување правне сигурности. У теорији се истиче да из „захтева *lex scripta* проистиче искључење деловања обичајног права на штету учиниоца“, што такође значи да се обичајним правом нити могу стварати нова кривична дела, нити уводити било каква пооштравања деловања већ постојећих кривичноправних норми.[20] Поред тога, у немачкој литератури се истиче и да је ограничена примена обичајног права (такође само у корист учиниоца),[21] у неким ситуацијама могућа када се самим кривичноправним одредбама упућује на примену других правних норми,[22] којима се омогућава и

[18] М. Мајић, „Начело легалитета нормативна и културна еволуција“ (I део), *Анали Правног факултета у Београду* (*Анали* ПФБ), 1/2009, 38.

[19] Када би то заиста и био основни циљ, неспорно је да би се и тада радило само о фикцији да су тиме што кривични закон постоји у писаном облику, баш сви грађани адекватно информисани о постојећим кривичним делима, односно о томе шта им је „забрањено“.

[20] Schönke Schröder (део који је писао A. Eser), *Strafgesetzbuch Kommentar*, Verlag C. H. Beck, München 2001[26], 26. У цитираном коментару се посебно објашњава извесна могућност узимања у обзир одређених обичаја у корист учиниоца, па се као пример наводи појам „игара на срећу“, а у вези с кривичним делом утврђеног § 284 StGB (недозвољено организовање игара на срећу), када се у пракси у игре на срећу не увршћују они облици таквих игара који су скопчани са малим добицима или се своде на одређене облике друштвене забаве у оквиру које се освајају ствари од незнатне вредности.

[21] H. H. Jescheck, T. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, Duncker & Humblot, Berlin 1996[5], 134.

[22] Ради се о нормама бланкетног карактера, које су у овом случају веома специфичне, јер се одредбама немачког Кривичног законика непосредно упућује

примена одређених обичајних норми, као што је то у Немачкој случај са кривичним делом недозвољеног лова (§ 192 StGB).[23]

Није спорно да чак ни (у)обич(аје)но читање кривичног закона по правилу, у већини случајева, није довољно да се схвати право значење низа норми. Грађанин који је правни лаик би тако, отприлике могао да разуме када постоје одређена кривична дела и која је казна за њих прописана, али би се тешко могло очекивати да то повеже с општим делом кривичног права попут, на пример, основа искључења противправности, проблематиком кривице, итд. Дакле, уопште није тешко критиковати идеју да се тиме што кривични закони морају бити писани суштински не омогућава да грађани буду заиста упознати са нормама кривичног права, али је озбиљан проблем за такве „критичаре" у томе што то уопште и није примарни циљ забране неписаних извора кривичног права. Потпуно је погрешно овај аспект начела законитости сводити само или претежно на разматрање објективних могућности да сваки или „обични грађанин", а где би нарочито било значајно питање неписмених грађанина, ефективно буде у прилици да се упозна са кривичноправним нормама, тј. да их прочита, јер се потпуно обрнуто, овде пре свега, ствара могућност да судија који примењује кривични закон буде у прилици да своју одлуку заснује на писаној норми. То важи и за све остале актере кривичног поступка, а посебно за окривљеног, који би се тада, и само ако заиста постоји *писана норма,* могао уверити да ли је оно за шта је окривљен, заиста прописано као кривично дело. Тврдња да је „информисаност грађана један од основних разлога због којих још увек постоји поверење у законитост" би се тешко могла сматрати тачном, или бар потпуно тачном, а нарочито не у контексту примера којима се та тврдња илуструје, а који се у ствари своде на идеју о важењу правила *ignorantia legis nocet*,[24] што не одговара нашем позитивном

на одредбе садржане у другим ванкривичноправним прописима, а сами ти прописи омогућавају још и допунску примену обичајног права, на које се иначе кривично правним одредбама не упућује непосредно, што значи да се овој ситуацији обичајно право примењује на специфичан посредан начин.

23 Како истиче цитирани аутор (H. H. Jescheck, 134), појам „ловне животиње", односно појам „животиње које се смеју ловити", се у Немачкој утврђује како одређеним покрајинским законима, тако и делимично сходно обичајном праву.

24 М. Мајић, 48 49. Цитирани аутор наводи пример „старијег грађанина" који у складу са *lex certa,* нема сазнање да би, ако кишобраном „нанесе модрицу" нео презном возачу ролера, његов поступак био третиран као „кривично дело извршено средством подобним да тело тешко повреди", а што се илуструје и једном одлуком Окружног суда у Београду. Затим цитирани аутор, озбиљно забринут „злосрећном судбином" „баксузног сениора", поставља питање: „да ли је старији грађанин, чак и уколико редовно прати измене кривичног законодавства, уздајући се у начело за конитости, заиста имао шансу?". Међутим, ово је погрешно резоновање, јер овде за објашњавање *lex certa* елемента уопште није од значаја третирање кишобрана у

кривичном праву. Наиме, према одредби члана 29 став 1 КЗ, није кривично дело оно дело које је учињено у неотклоњивој правној заблуди, што значи да Кривични законик Србије из 2006. године, а за разлику од нашег ранијег кривичног законодавства,[25] више не прихвата став да непознавање права шкоди – *ignorantia iuris nocet*, већ сада непознавање права које није скривљено значи да постоји неотклоњива правна заблуда (*error iuris*), која стриктно искључује постојање кривичног дела.

Норма садржана у писаном извору права, а посебно када је тај извор права законског ранга, *поуздано гарантује да то право објективно и реално постоји*. Обрнуто, ако би и обичаји били формални извор кривичног права, увек би, или бар у великом броју случајева, било прилично неизвесно и подложно слободним тумачењима, да ли таква обичајна норма заиста егзистира, јер како обичаји не постоје у материјалном облику,[26] ово би се свело на одређено претходно питање. То значи да би се прво морало доказивати постојање одређене обичајне норме, а тек би потом дошла у обзир и њена примена. Овако нешто је у савременом правном систему недопустиво, али не само због таквих „доказних тешкоћа" у односу на утврђивање (не)постојања норме, већ првенствено зато што би се на такав начин створио огроман степен правне несигурности у једном изузетно важном сегменту правног система и широм отворила врата разноразним могућим злоупотребама.[27]

судској пракси као средства подобног за наношење тешких повреда, јер то свакако и није предмет законске регулативе, што значи да је законодавац, као што је то и иначе уобичајено, ово питање свесно препустио судској пракси. Нема кривичног закона у коме се таксативно набрајају средства подобна да тело тешко повреде, а то важи и за друге опште законске формулације, које су у одређеној мери неизбежне по логици ствари. С друге стране, нескривљена неинформисаност „старијег грађанина" би се складу са чл. 29, ст. 1 КЗ, третирала као *неотклоњива правна заблуда*, што би онда значило да он у *уопште није учинио кривично дело*.

[25] Према чл. 17 ОКЗ, учинилац кривичног дела који из оправданих разлога није знао да је то дело забрањено, могао се блаже казнити или ослободити од казне, што значи да према раније важећем законодаству (које није на снази већ неколико година), оправдана правна заблула није искључивала постојање кривичног дела (строго се примењивао резон *ignorantia legis non excusat*), већ је представљала само факултативни основ за ослобођење од казне.

[26] У ствари, у оним државама где је добар део кривичног права садржан у обичајима и судским прецедентима (на пример, у Енглеској, али и у другим државама англосаксонског правног света), скоро сви релевантни обичаји, су сабрани у одговарајућим збиркама, тако да они, иако наравно, нису закони, *de facto* постоје у писаном облику, што наравно, по логици ствари, без изузетка важи и за пресуде прецедентног значаја.

[27] Могуће је разматрање законитости као „извесности, коју штити и обезбеђује држава." Вид. Д. Митровић, *Начело законитости појам, садржај и облици,* Правни факултет у Београду, Београд 1996, 41 55; исти, „Законитост као извесност",

2.3. Забрана ретроактивног дејства кривичног закона

Иако су за начело законитости од подједнаког значаја сва четири његова сегмента, ипак се, када је реч о овом принципу, пре свега мисли на забрану повратног дејства кривичног закона.[28] Према чл. 5, ст. 1 КЗ на учиниоца кривичног дела примењује се закон који је важио у време извршења кривичног дела, из чега произлази да свака промена кривичног закона по правилу делује само убудуће, а не и на учиниоце кривичних дела извршених пре ступања на снагу законске новеле. Већ у чл. 5, ст. 1 прописан је изузетак у односу на забрану ретроактивног дејства кривичних закона и то тако да се у одређеним ситуацијама не само омогућава ретроактивно дејство кривичног закона, већ се тада кривични закон обавезно примењује ретроактивно. Ради се о правилу обавезне примене *блажег закона.*

Ако је после извршења кривичног дела, једном или више пута измењен закон, примениће се закон који је најблажи за учиниоца. Строжи закон се ни у ком случају не може применити ретроактивно, а ако је нови закон у погледу конкретног случаја потпуно једнак у смислу „строгости/благости" у односу на стари, онда ће се према општем правилу садржаном у *lex previa* елементу начела законитости (чл. 5 ст. 1 КЗ), свакако применити „стари" закон, тј. онај закон који је важио у време извршења кривичног дела. Обавезна примена блажег закона подразумева узимање у обзир и међузакона, тзв. интеримних закона, онда када је у међувремену дошло до више промена кривичног закона, при чему само утврђивање који је закон најблажи за учиниоца представља врло сложено питање које подразумева да се има у виду конкретан случај, при чему је могуће говорити само о неким оријентационим критеријумима и правилима.[29]

Начелно је веома опасно оштро супростављати легалност и легитимност кривичноправних инкриминација, јер је питање легитимности увек подложно екстензивној оцени и често може бити схватано и на произвољан начин. Није лако прихватити очигледно пренаглашен став да је „сваки кривичар макар једном осетио опасност" у виду постојања „вредносног раскорака између формално важећег правила (инкриминације) и његове материјалне вредности (легитимности инкриминације),[30] јер би то онда, с обзиром да „кривичара" (рачунајући у њих све судије који поступају у кривичним предметима, све носиоце јавно-тужилачке функције, те адвокате који су бра-

Анали Правног факултета у Београду 5/1989, 542 553; исти, „Начело законитости", *Анали Правног факултета у Београду* 1 2/2004, 55 78.

[28] З. Стојановић (Коментар), 28.

[29] *Ibid.*, 36 37.

[30] М. Мајић, 43.

ниоци у кривичним предметима) има неколико хиљада, значило да постоји велики број актуелних кривичних дела која нису легитимна, а то очигледно ипак није случај.[31] Нема никаквог разлога да се сматра да је начело законитости у нормалним условима супростављено захтевима легитимности. У правним државама је по правилу све оно што прописује кривични закон и легитимно, а ако временом постане нелегитимно, тада се, наравно, мења кривични закон, па се легалност усклађује са легитимношћу. Али, то се веома ретко догађа, а за озбиљне државе ни иначе није типично да често мењају своје кривично законодавство. Начело легитимности је пре свега од значаја за стварање кривичног права, а само изузетно и за његову примену.[32] Када се изузетно деси да су принципи легалности и легитимности у раскораку, неприхватљиво је у примени кривичног права дати предност начелу легитимности, јер за одређивање шта је легитимно, а шта није, не постоје прецизни критеријуми, већ је то пре свега ствар вредновања.[33]

Тешко је прихватити став да *lex previa* захтева од кривичног закона антиципирање будућности, као ни да то представља некакво „слепило“ закона, који тобож „предсказује догађаје које не познаје“, те у таквом свом „слепилу“ закон „нужно окамењује будућност из ракуса прошлости“,[34] за коју на тај начин постаје сметња.[35] Оваква констатација је не само сувише претенциозна, већ је она и потпу-

[31] Наравно, овим се не негира чињеница да се судије и јавни тужиоци у пракси често суочавају са много чиме што их не може чинити задовољним, или их чак може огорчити, попут чињенице да код нас још увек превасходно кривично одговарају „ситне рибе“, што је у складу са познатим „кривичноправним“ афоризмом да је „криминална политика рибарска мрежа којом се хватају мале рибе, а која пропушта велике рибе“. То међутим, свакако није проблем легитимности кривичних инкриминација, већ примене кривичног права у пракси и ефективне политике кривичног гоњења.

[32] З. Стојановић, *Међународно кривично право,* Правна књига, Београд 2008^{6}, 23.

[33] *Ibid.*

[34] Није јасна ни замерка овог аутора (М. Мајић, 45), који забринуто констатује да се закони „доносе *pro futuro,* али судије своје одлуке доносе ретроактивно у односу на догађаје на које се односе“, у чему овај аутор проницљиво види некакву „специфичну замку“. Заиста би било интересантно објаснити како би то судије могле своје одлуке доносити *pro futuro*, мада за такве „одлуке“ у ствари, не би ни биле потребне судије, јер како би се „судило“ кривичним делима која тек треба да буду учињена, односно људима који тек треба да постану учиниоци. Можда би са становишта циничног погледа на ово питање било могуће да се, на пример, применом механизама сличних онима који се користе у играма на срећу (на пример, нека врста лутрије, лоза и тсл.), одреде (не)срећни добитници, који би унапред били осуђени. То би заиста било максимално ефикасно правосуђе, јер би оно људе осуђивало и пре него што дотични учине кривично дело!

[35] М. Мајић, 42.

но удаљена од стварности, јер ни један законодавац не доноси кривични закон ради антиципирања догађаја у будућности, већ сасвим једноставно искуство показује да практично нема кривичног дела, а посебно не неког класичног кривичног дела, које већ није постојало у одређеном облику у прошлости, па је онда доношењем закона омогућено да таква будућа дела буду кажњива. По логици цитираног аутора, све што се пропише Кривичним закоником би морало кад-тад да се оствари, а ако се то не догоди, онда то представља законску аномалију и доказ како несавршености закона (као да заиста постоје савршени закони), тако и непотребности постојања таквих (оних које се не примењују), његових норми. Наравно, није спорно да би идеално било (што је ипак само утопија), да нико никада не чини кривична дела, без обзира на то што су она прописана у Кривичном законику. То не само да не би било лоше, већ би било нешто најбоље што би се друштву могло догодити, али би то изгледа, силно разочарало цитираног аутора, који дубоко очајава, када каже: „До које мере захтев *lex previa* задаје потешкоће, можда најјасније илуструје постојање читавог низа кривичних дела која се налазе у разним кривичним законицима, за чије извршење никада нико није био кажњен“.[36] Чудна логика цитираног аутора и његова посвећеност „борби“ против оних елемената начела законитости који ето, „изазивају тешкоће“, подсећа на ону познату шаљиву анегдоту о резону кнеза Милоша, који је, када су му учени Срби објаснили потребу да Србија добије кривични законик, тако што ће се преписати неки добар већ постојећи европски законик, онда када су му објаснили шта је кривични законик и шта прописује, енергично завапио да је против тога. Кнез Милош је био против „преписивања“ било ког европског кривичног законика, јер је сматрао да ће се српски народ, који кнез ни иначе није сматрао идеалним, али за кога је веровао да још увек није толико покварен да чини све оно што већ прописују „европијански“ законици, начисто покварити ако стекне прилику да сам прочита оно што би прописивао будући законик.

2.4. Висок степен одређености и прецизности норми кривичног права

Норме кривичног права морају бити прецизне у највећој могућој мери, што се посебно односи на оне норме којима се креирају конкретне инкриминације и прописују казне за њих. Интерес елементарне правне сигурности у тако важној области правног система налаже доследно избегавање у кривичном праву тзв. генералних клаузула и уопште норми које су недовољно одређене и прецизне. Што

[36] *Ibid.*, 45.

је прецизност и одређеност кривичноправних норми већа, то је мања могућност за потенцијална и, по правилу, веома опасна „претерано креативна" тумачења таквих норми у пракси.

Дужност је законодавца да у што је могуће већој мери оствари захтев садржан у елементу *lex certa*. Начелно се сматра да што је значајније одређено кривичноправно питање, то одређеније и прецизније оно мора бити регулисано у кривичном закону. У том се смислу, на пример, изражава и немачка уставноправна пракса. Тако, сходно једној одлуци Савезног уставног суда Немачке,[37] „законске формулације морају бити што одређеније, што је тежа правна последица која је запрећена".[38] Одређеност закона подразумева и његов начелни општи карактер, што би морала бити логична консенвенца не само у начелном смислу легитимности кривичноправног законодавства, које подразумева да се њиме као својеврсним *ultima ratio* механизмом штите најважније друштвене вредности, а то је могуће само када таква заштита има опште усмерење, тако и у правно-техничком смислу, јер се норме кривичног права креирају за будућност, а њих тек потом суд примењује на конкретни догађај из прошлости. Кривичноправна законска норма је „одговарајућа само када има општи карактер, а не односи се на појединачни конкретни случај или само на одређено лице, при чему се овде не ради о томе да општост закона представља гарант исправне одлуке (као паралела природном праву), већ се општошћу избегава самовоља".[39]

3. РАЗЛИКА У СХВАТАЊУ НАЧЕЛА ЗАКОНИТОСТИ У АНГЛОСАКСОНСКОМ И ЕВРОПСКО-КОНТИНЕНТАЛНОМ КРИВИЧНОМ ПРАВУ

Начело законитости се сматра важном тековином савременог кривичног права и оно у свом најчистијем виду постоји у европско-континенталним кривичноправним системима, док није у пуној мери својствено англосаксонским кривичним законодавствима, код којих се извори кривичног права не своде само на законе (који ипак све више добијају на значају), већ су још увек веома бројни и разноврсни.[40] Ни у државама које припадају англосаксонском прав-

---

[37] BVerfGE 14, 245/251.

[38] W. Gropp, *Strafrecht Allgemeiner Teil,* Springer Verlag, Berlin 1997, 53.

[39] G. Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil die Grundlagen und die Zurechnungs lehre*, Walter de Gruyter, Berlin New York 1993², 73.

[40] Тако се у изворе енглеског кривичног права, осим одређених закона, који потичу из XIX века и неких новијих, донесених последњих деценија XX века и формално сврстава пре свега *common law,* које и суштински представља једну врсту обичајног права, а развило се и развија кроз одлуке судова, које га с једне стране

ном систему, а које се одликују владавином права, данас нико, по правилу, не може бити позван на одговорност за дело које у време извршења није било прописано као кривично дело, као ни кажњен за учињено дело, ако пре његовог извршења казна за то дело није била прописана.[41] На пример, у том погледу у савременом америчком кривичном праву постоји врло строга и доследна судска пракса по којој се стриктно захтева је дело прописано као кривично дело,[42] пре него што је учињено.[43] Суштинска разлика је што се кривична дела и казне у многим државама које припадају англосаксонским правним системима могу прописивати не само законима, већ и другим изворима права. У ствари, у том смислу се у англосаксонским државама, пре него о начелу законитости, може говорити о „начелу правности" или „принципу прописаности дела и казне".[44]

Када се у англосаксонским државама говори о кривичном праву, тада се по правилу, не мисли само на *законско кривично право*, већ на кривично право садржано и *у другим изворима права*, а што онда, поприлично одудара од устаљених схватања у континенталној Европи. С друге стране, када се ради о стабилним правним системима држава заснованих на владавини права, ни чињеница да се, не само законима већ и другим изворима права, могу стварати кривичноправне норме, па и прописивати кривична дела и казне за њих, не утиче на заштићеност грађана у оквирима правног система,[45] јер и у

потврђују, а с друге, и додатно креирају, али је *common law* такође креирано и ства ралачким радом познатих писаца, као што су *Coke* и *Hale* у XVII веку, те *Hawkins*, *Foster* и *Blackstone* у XVIII веку. Овде треба имати у виду да је прихватањем Ев ропске конвенције о људским правима и основним слободама, судијама у Енглеској ускраћено право да законе интерпретирају на начин који је противан правилима те Конвенције, што већ представља значајно ограничење у даљем развоју класичног *common law* система. Вид. A. Ashworth, *Principles of Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, New York, 1999[3], 5.

[41] У ствари, некада су у САД у том погледу били могући и одређени далеко већи изузеци (нарочито у тзв. пионирско доба), када је у питању право које су ства рале саме судије (*judge made law*), које су практично, креирајући кривично дело, прописивали и казну, али је то доба неповратно прошло када се правни систем САД стабилизовао и осавременио.

[42] Случај: *Rex v. Manley* Court of Criminal Appeal, 1932.

[43] Вид. R. J. Bonnie, A. M. Coughlin, J. C. Jeffries, Jr., P. W. Low, *Criminal Law,* The Foundation Press, Westbury, New York, 1997, 31 32.

[44] У том смислу у САД постоји правило да је правом дефинисан, како зло чин, тако и казна *Law Definining the Crime and the Punishment*, али се под правом не подразумева само законско право, већ у „ствараоце права" (*Lawmakers*), спадају како Конгрес и органи државне легислатуре, тако и друге „јавне власти", према: *Outline of the US Legal System* (ed. R.A.Carp and R.Stidham), „Bureau of International Information Programs United States Department of State", Washington 2004, 92 и 95.

[45] Тако се и у претходно цитираном раду (стр. 95), наводи: „Ако је нека радња правом забрањена или у складу са правом постоји дужност њеног вршења, правом конституисани органи власти (обично Конгрес или државно законодавство),

тим државама у односу на кривичноправне норме важе уобичајени елементи начела *nullum crimen, nulla poena, sine lege*,[46] без обзира што се не ради увек о прописима законског карактера.

Иако је колевка англосаксонског права Енглеска,[47] данас се типичним савременим представником тог великог правног система сматрају САД.[48] Кривично право САД још увек извире из прилично хетерогених извора: 1) већина кривичноправних одредби је прописана законима (статутима) држава, као и законима (статутима) који се доносе на савезном нивоу; 2) кривично право је делом садржано у трговинској, санитарној, здравственој, финансијској и пореској регулативи, коју се усваја како на савезном, тако и на нивоу држава, односно регулаторних агенција; 3) један део кривичног права извире и непосредно из Устава САД; 4) кривично право се данас у ретким приликама у неким од држава САД ствара и као *common law*, што је, иначе, по узору на такво право Енглеске, био први и најранији извор кривичног права у САД, а своди се на својеврсно обичајно право, односно обухвата право и инкриминације које својим одлукама стварају саме судије (*judge made crimes*).[49] Тако су, на пример, у држави Масачусец у САД, *common law* кривична дела (злочини), кажњиви чак и када никада нису прописани статутом.“[50]

Израз *common law* се уобичајено користи као термин за право створено од стране самих судија, што је првобитно било типично у

морају на прописан начин објавити пропис, како би грађани унапред знали шта им је забрањено или шта су дужни да чине.“

46 У том смислу би ово правило у већини англосаксонских држава било схваћено као „нема кривичног дела, нити казне, *без права*, а не као што је то уобичајено у европским континенталним државама: „нема кривичног дела, нити казне, без закона.

47 Енглеска је у последње време у највећој мери напустила *common law* као извор кривичног права, тако да се данас далеко највећи број кривичних дела у Енглеској прописује законима (статутима), док Шкотска још увек остаје далеко вернија класичном *common law* систему, што значи да и у тој држави постоје „законска“ кривична дела, тј. кривична дела прописана статутима, али је још увек већи број кривичних дела сврстан у *common law*, а и она кривична дела која су предвиђена статутима су се тамо нашла непосредним преузимањем из *common law* система. Вид. F. Lyall, *An Introduction to British Law*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden 2000, 182.

48 За разлику од трговинског права, пореског права, грађанског права итд., која се примарно регулишу на савезном нивоу, материјално кривично право је у САД традиционално регулисано законима држава чланица федерације, при чему су кодификације у већини држава оријентисане на решења присутна у Моделу кривичног закона (*Model Penal Code*). Вид. P. Hay, *U.S amerikanisches Recht*, Verlag C. H. Beck, München 2000, 259.

49 T. J. Gardner, V. Mainan, *Criminal Law Principles, Cases and Readings*, West Publishing Company, St. Paul, New York, Los Angeles, San Francisco 1980, 30 и 31.

50 J. R. Nolan, *Massachusets Practice Criminal Law,* West Publishing Co, St. Paul, Minn. 1976, 2.

уговорном праву, али је потом оно обухватило и дефинисање кривичних дела, као и судску интерпретацију закона, с тим да је право суда да „креира" кривична дела широко егзистирало до XIX века, а оно је само у ретким приликама опстало и до данас.[51] *Common law* је најстарија форма кривичног права у САД, која је развијена у Енглеској и од стране енглеских колониста пренесена у САД, а подразумева комплекс неписаног права развијеног из обичаја, општих принципа и праксе, признате у судским одлукама, а из њега извире концепт судског прецедента који подразумева да суд својом одлуком решава одређено питање, а онда том одлуком везује себе, али и друге судове у односу на исти или веома сличан случај, који би се појавио у будућности.[52] Иако део извора кривичног права САД није законског карактера, што је посебно карактеристично за *common law*, чињеница је да се данас веома ретко може догодити да кривично дело буде прописано незаконским извором права, или чак „креирано" од суда.[53] Међутим, и поред тога, није спорно да се у тој држави, као и у већини других држава англосаксонске правне провенијенције, начело законитости битно другачије схвата него у континенталној Европи.

За саму Енглеску, која се неспорно сматра родоначелником англосаксонског правног система, а нарочито *common law* система као извора кривичног права, се данас примећује да њено право познаје начело *nullum crimen, nulla poena sine lege*, у смислу да се ниједна казна не може изрећи ако пре извршења кривичног дела није била прописана одговарајућа забрана понашања које представља кривично дело, као и казна за такво дело,[54] с тим да су данас кривична дела и у Енглеској претежно законског карактера, а веома су ретко садржана у *common law* извору права.

---

51 R. G. Singer, J .Q. La Fond, *Criminal Law Examples and Explanations*, Aspen Law & Business, New York 1997, 2.

52 D. Hall, *Criminal Law and Procedure*, Lawyers Cooperative Publishing & Delmar Publishers, New York 1992, 35.

53 Тако се у литератури истиче да је у САД након Другог светског рата све присутнија тежња за кодификацијама, што се огледа и у томе да је Амерички правни институт 1952. године започео рад на доношењу јединственог Кривичног законика, који би обухватио и систематизовао постојећа кривична дела прописана бројним статутима, а тај посао је десет година касније резултирао „Моделом кривичног законика" (*Model Penal Code*), који никада није усвојен, па и нема обавезујући карактер, али је остварио јак утицај на законодавство држава чланица САД, мада се и сада иронично истиче да је тежња за кодификацијом у САД резултирала тиме да је кривично право у овој држави данас кодификовано у 50 кривичних закона који се међусобно доста разликују. Вид. В. Бајовић, *Споразум о признању кривице,* Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2009, 17 18.

54 C. Graf von Bernstoff, *Einführung in das englische Recht*, C. H. Beck`sche Verlagsbuchhandlung, München 2000, 247.

4. НАЧЕЛО ЗАКОНИТОСТИ У МЕЂУНАРОДНОМ КРИВИЧНОМ ПРАВУ

Начело законитости схваћено на претходно објашњен класичан кривичноправни начин, типичан за континентално-европска законодавства, није на исти начин тумачено и примењивано у међународном кривичном праву (до момента ступања на снагу Римског статута), односно пракси везаној за одређена суђења поводом извршења међународних кривичних дела. У ствари, изгледа да је у том питању међународно (јавно) право одиграло кључну улогу, јер је за ту грану права карактеристично да њене норме нису садржане у законима, или не само у законима, већ и у другим изворима права, као што су међународни уговори и међународне конвенције, чак одлуке одређених међународних тела, или неписано право, као што су међународни обичаји.[55]

За начело законитости се сматра да је оно „део међународног обичајног права, тако што се захтева да је криминално понашање било прописано што је могуће јасније у дефиницији злочина, али је овај стандард мање ригидан него што је то уобичајено у континенталном европском праву.[56] У ствари, иако се претходно цитирани аутор у делу поглавља књиге у којем објашњава начело законитости у међународном кривичном праву, позива и на латинску сентенцу *nullum crimen, nulla poena, sine lege*, која представља класично објашњење принципа легалитета, он у свом објашњењу не објашњава суштину овога начела, већ само један његов елемент, а то је *lex certa*. Међутим, у сваком случају, није спорно да се начело законитости у међународном кривичном праву, односно пре свега у неким случајевима који су се решавали пред одређеним облицима међународног кривичног правосуђа, схватало на битно другачији начин него у већин европских континенталних правних система. Сходно овоме, начело законитости се у међународном кривичном праву сматра испоштованим ако кажњивост одређеног понашања произлази из писаних или неписаних норми које су биле на снази у време таквог понашања. Када су у питању неписане норме, нереално је захтевати да оне ближе одређују врсту и висину казне која се за то понашање може изрећи, па не преостаје ништа друго, него да се то препусти суду. Стога традиционално међународно кривично право начело законитости *није протезало на кривичноправне санкције*, што представља можда највеће одступање од праксе европских конти-

[55] Вид. о изворима међународног јавног права у М. Крећа, *Међународно јавно право,* Правни факултет у Београду, Службени гласник, Београд 2008[2], 76 107.

[56] G. Werle, *Principles of International Criminal Law*, T.M.C. Asser Press, The Hague 2005, 32 33.

неналних земаља.[57] Овакво схватање у међународном кривичном праву, или боље речено овакво схватање међународног права које је своју примену доживело у неколико кривичних суђења за одређена међународна кривична дела, је свој израз пре свега имало у поступку пред Међународним војним трибуналом у Нирнбергу, што је у литератури често означавано као спорно.[58]

4.1. Суђења у Нирнбергу и Токију и начело законитости

Историјат једног врло еластичног тумачења начела законитости или чак његовог извесног негирања у међународном кривичном праву, односно боље речено у одређеним етапама развоја међународног кривичног права,[59] кроз конкретне судске случајеве, је пре свега везан за познато суђење у Нирнбергу.[60] Кривичноправни проблеми су се испољили у неколико важних области.

---

[57] P. Novoselec, „Materijalnopravne odredbe Rimskog statuta i njihova implementacija u hrvatskom kaznenom zakonodavstvu“, *Stalni međunarodni kazneni sud* (ur. I. Josipović, D. Krapac i P. Novoselec), Hrvatski pravni centar, Narodne novine, Zagreb 2001, 95.

[58] Упореди: G. Hoffmann, *Strafrechtliche Verantwortung im Völkerrecht*, Alfred Metzner Verlag, Frankfurt am M., Berlin 1962, 139.

[59] На тврдње одбране да за кажњивост агресивног рата (злочин против мира), недостаје „правна подлога“ у односу на време извршења и да би се таква осуда стога, свела на „*ex post* кажњавање“, сам Међународни војни трибунал закључује: „Тврдња да би кажњавање повређивања међународних уговора и гаранција суседним државама које су без упозорења нападнуте, било *противно праву*, очигледно није тачна, јер би под таквим околностима, нападач морао знати, да је то противправно и далеко од тога да би његово кажњавање било противно праву, већ би напротив, много више било противправно, када би његов вероломни чин, остао некажњен.“ Вид. K. Ambos, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts Ansätze einer Dogmatisierung,* Duncker & Humblot, Berlin 2004^2, 111. У ствари, ово објашњење је у чисто правном смислу прилично дубиозно, јер се своди на, у основи празњикаво фразирање. Једини чисто правни аргумент који се овде спомиње односи се на тврдњу о непостојању правне заблуде, што овде суштински уопште није релевантно, јер свест о забрањености агресивног рата у смислу међународног јавног права, као чина који је забрањен државама, се не може поистоветити са свешћу о постојању кривичног дела појединца, при чему још у објективном смислу, чак није ни спорно да у то време кривично дело агресије није било прописано као могуће кривично дело (злочин против мира) појединца, тј. физичког лица.

[60] Упор. H. H. Jescheck, T. Weigend, 120 121. Коментаришући суђење у Нирнбергу, цитирани аутори наводи: „Суд је био један интерсавезнички окупациони суд и није био орган међународног правосуђа, јер се Лондонски споразум односио само на странке потписнице и није имао дејство на Немачку“... „Док је кажњивост ратних злочина почивала на неспорним међународним обичајима, савезници су кажњивост агресивног рата и злочина против човечности, увели као новину са ретроактивним дејством.“ У даљем тексту ће се посебно објаснити да, иако формално посматрано нирбершки суд није био орган „међународног правосуђа“, јер се не ради о међународном суду насталом на темељу међународног уговора, нити с учешћем

Прво, неки од оптужених су кривично гоњени за злочин против мира, односно агресију, или вођење агресивног рата, али пре самог суђења није постојало такво кривично дело. Агресија је била забрањена одређеним актима међународног права, али она није била дефинисана као противправна радња коју може да изврши физичко лице, односно појединац.

Друго, ратни злочини за које се кривично гонило у Нирнбергу су били предвиђени Хашком конвенцијом из 1907. године и то само по себи није било спорно, али у том акту се нису прописивале казне за таква кривична дела.

Треће, злочин против човечности уопште није био прописан као посебно кривично дело, па самим тим није било ни формалне могућности да још буду предвиђене и казне за таква понашања, а већина тих радњи је била веома слична неким радњама ратних злочина и било је тешко направити јасну дистинкцију а, с друге стране, у том се погледу јављала и опасност од заласка у примену аналогије у креирању инкриминације.

Проблем у вези начела легалитета током Нирнбершког процеса би се синтетизовано могао представити на следећи начин: 1) Агресија уопште у време извршења није била предвиђена као кривично дело које може извршити човек, односно појединац, већ само као противправни акт државе као субјекта међународног јавног права па, наравно, није била предвиђена никаква посебна казна чак ни за државу (осим у општем међународно-правном смислу), а посебно не за физичко лице које би извршило агресију, тако да се овде ради о евентуално врло натегнутој могућности да је такво понашање евентуално било кажњиво, али је потпуно неспорно да казна за њега није била предвиђена – те је захтев *nullum crimen sine lege* испоштован на релативан и великој мери дубиозан начин, док захтев *nullum poena sine lege* уопште није поштован. 2) За ратне злочине је било неспорно да су предвиђени као кривична дела, али за њих казна није била прописана, тако да се овде радило о случају испуњености захтева из начела законитости у односу на дело, али не и у односу на казну – захтев *nullum crimen sine lega* је испоштован, захтев *nullum poena sine lega* није. 3) Злочини против човечности у време извршења нису били прописани као посебна кривична дела, а одређене радње су биле предвиђене као ратни злочини, али се они формално посматра-

већег броја држава у његовом формирању и раду (с обзиром да су главни актери биле савезничке силе победнице), његов међународни карактер неспорно произлази како из чињенице да је његов састав био међународан, тако и из кривичних пред мета о којима је решавао, а који су се односили на најтежа међународна кривична тела, те посебно, из чињенице да је Статут тог трибунала врло брзо прихваћен од највећег броја држава чланица међународне заједнице.

но нису могли третирати као радње злочина против човечности, јер би се тада радило о аналогији, односно врло широком и неодређеном тумачењу кривичноправних норми, а наравно, нису биле предвиђене ни казне за оваква дела, па се може закључити да у овом случају начело законитости није испоштовано ни у односу на дело, нити у односу на казну – ни захтев *nullum crimen sine lege,* нити захтев *nullum poena sine lege*.

Иначе и у фактичком смислу су одређена дешавања током Нирнбершког процеса указивала на један прилично еластичан приступ како начелу законитости, тако и питању (легалитета) кривичног гоњења уопште. Тако се, на пример, један од најистакнутијих актера немачке акције *Барбароса*, односно агресије на Совјетски Савез, немачки фелдмаршал Паулус (*Paulus*) током суђења појавио у улози сведока у односу на друге високе војне и политичке функционере поражене Немачке,[61] а није и сам позван на одговорност за учешће, мада је заузимао веома висок положај у нападу на Совјетски Савез, те чињењу низа кривичних дела од стране својих потчињених током агресивног рата.[62]

Углавном, из претходних примера и образложених констатација, јасно се може уочити да се у случају Нирнбершког процеса у основи ипак не ради о еластичном или врло флексибилном тумачењу начела законитости, о чему би се евентуално могло говорити само у погледу злочина против мира и то искључиво у односу на дело, али не и казну, већ се далеко пре, ради о непоштовању начела законитости, односно његовом третирању као релативно неважног за конкретни

---

[61] Овај високи немачки официр је у историјском смислу чувен, пре свега, по тешком поразу трупа којима је командовао код Стаљинграда (мада је он иначе, пре тога био актер свих битнијих дешавања на немачко совјетском ратишту), што се сма тра првом прекретницом у Другом светском рату, након читавог низа муњевитих на цистичких победа широм Европе и заузимања огромних простора Совјетског Савеза, услед чега је немачка војна сила до тада деловала скоро непобедиво. Њега је Хитлер, само дан пре него што су га совјетске трупе заробиле, унапредио у чин фелдмаршала, што је прећутно означавало очекивање немачког *Führer* а, па и целокупне немачке јавности, да официр тако високог ранга, никако неће жив пасти у руке непријатеља. Међутим, Паулус се, на огромно изненађење Хитлера, који је веровао да ће тај официр часно „подићи руку на себе“, ипак безусловно предао, делећи судбину остатака своје опкољене VI армије чији измрцварени војници, безнадежно одсечени од главнине не мачких снага и без наде, како у сопствени пробој из обруча, тако и у помоћ других немачких јединица, више нису могли да пружају било какав отпор. Вид. P. Carell, *Unternehmen Barbarosa Der Marsch nach Rußland*, Deutsche Buch Gemeinschaft, Berlin, Darmstadt, Wien 1964, 517 549.

[62] У смислу националног законодавства ово би се могло посматрати као нека врста изузетка у односу на начело легалитета официјелног кривичног гоњења, одно сно ради се о случају фактичког стварања неке врсте „сведока сарадника“ (коопе ративног сведока). Вид. М. Шкулић, *Кривично процесно право,* Правни факултет у Београду, Београд 2009, 46 48 и 281.

случај. Формално се у пресуди нирнбершког Међународног војног кривичног трибунала полазиште за оваква одступања од начела законитости, која се наравно у тој пресуди не сматрају одступањима, већ се инсистира на одговарајућем тумачењу у односу на претходну (у време извршења) постојећу забрањеност тих радњи, темељи на тврдњи да Нирнбершким статутом нису предвиђени никакви нови злочини, који раније, дакле и у време извршења кривичних дела за која су лица у том процесу осуђена, нису постојали, већ да се напротив, ради о радњама које су као радње кривичног дела биле прописане и пре ступања на снагу Статута, дакле и у време извршења. Тако се у литератури истиче да се чини да је „начело забране ретроактивне примене материјалних кривичних закона, правно начело које је најчешће кршено у правној историји“,[63] што се илуструје подсећањем на „суђење у Нирнбергу и тзв. Нирнбершке принципе који се односе на суђење за кривична дела која, *stricto sensu*, у време када су била извршена нису била предвиђена као кривична дела ни у унутрашњем, нити, пак, у међународном праву“, а „слична ситуација поновила се након уједињења Немачке када су процесуирани руководиоци бившег ДДР-а, као и поједини војници војске ДДР-а због убистава грађана која су учинили на Берлинском зиду“.[64]

У самој Немачкој се у литератури релативно често покретало питање поштовања начела легалитета током Нирнбершких процеса, али се, по правилу, то није чинило у неком енергичнијем виду, посебно не од озбиљних теоретичара кривичног и међународног кривичног права, што вероватно пре представља последицу тежње већине аутора да избегну могућност евентуалног сврставања у оне који „бране злочине нациста“, него што је заиста постојала свест о потпуној прихватљивости оцене истакнуте током Нирнбершких процеса да начело легалитета суштински није повређено.[65] Тако се

[63] У ствари, ово начело је највише кршено у одређеним случајевим међународних суђења, што констатује и цитирани аутор, а ту поред Нирнберга, спада и суђење у Токију. У националном законодавству уређених правних држава (изузимајући изненађујући пример Немачке у вези са функционерима и војницима граничарима бившег ДДР а), таквих изузетака ипак није било много, или скоро да их уопште није било.

[64] А. Јакшић, 237.

[65] У Немачкој литератури је било и озбиљних примедби у односу на суђење припадницима немачког политичког и војног естаблишмента за агресију, уз неспо мињање учешће Совјетског Савеза у заузимању великих делова територије Пољске, када је ова држава, поражена у рату са нацистичком Немачком, 1941. године прак тично подељена између Немачке и СССР а. Такође је у Нирнбергу „заборављен“ и претходно вођени рат између Совјетског Савеза и Финске. Међутим, не само да није уобичајено позивање ратног победника на одговорност, већ се у контексту свих историјских дешавања која су се збила током Другог светског рата, те великих успе ха које је у почетној фази ток ратног сукоба огромних размера, постигла немачка војна сила, прилично аргументовано може бранити и теза о поступању тадашњег

у једном раду, што представља прилично добар пример типичних „немачких размишљања" о „случају легалитета" у односу на злочин против мира у нирнбершкој осуди, истиче: „Приговор повреде фундаменталног правног начела *nullum crimen nulla poena sine lege* је била од стране критичара Нирнбершког процеса гласно преузет, као и од стране обичних људи (људи са улице), који су се осећали оптерећени тезом о колективној кривици, али пре свега од самих оптужених у Нирнбергу за злочин против мира. У Бријан-Келоговом пакту о спречавању рата од 27. августа 1928. године, је била манифестована противправност агресивног рата. Радње појединих лица, које представљају обележја злочина против мира у смислу Лондонске конференције (Лондонског статута), биле су кажњиве до 1945. године, како на националном, тако још и на међународном плану".[66] Ово је у ствари била и основа познате тезе да начело законитости током суђења у Нирнбергу није суштински повређено, односно није наступила његова *супстанцијална* повреда, с обзиром да није било спорно да је и пре извршења кривичних дела за која су се теретили оптужени, започињање агресивног рата било забрањено, додуше за државе, али не и појединце, што је, међутим, поборницима овог ширег тумачења начела легалитета, било довољно за став о неповређивању начела легалитета.

Тежина злочина извршених током Другог светског рата од стране нацистичке Немачке и њених савезника била је толика да је у ствари донекле учинила беспредметним инсистирање на поштовању свих „формалних" захтева, што се посебно односило на злочин против мира, јер је извршење тог дела, односно започињање рата,[67] практично било иницијална railway капсла за све касније злочине

СССР а у крајњој нужди, када је он противправним увећањем своје територије, себи унапред, кроз прављење одређене „тампон зоне" у односу на агресивну Немачку, стварао боље шансе у очигледно предстојећем колосалном рату, мада је с друге стра не, чињеница да је напад Немачке на СССР 22. јуна за самог Стаљина и совјетски војни врх био огромно изненађење и поред благовремених обавештајних упозорења (од којих је најзначајније било оно које је упутио врхунски совјетски обавештајац др Рихард Зорге), а што је, уз првобитну примену очајно лоше ратне тактике и довело до огромних војних и цивилних губитака СССР а у првој ратној години. С друге стране, овде треба имати у виду и да је највећи део пољске територије коју је СССР заузео септембра 1941. године, Пољска претходно (пре)отела од Русије растрзане револуцијом и грађанским ратом, као и да је и сама Пољска још пре Совјетског Савеза, са нацистичком Немачком закључила уговор о ненападању, који ту државу наравно, ипак није заштитио од немачке агресије. Такође, Финска је својевремено и настала након Брест Листовског мира на територији која је до тада припадала Русији, па је и то било „некакво оправдање" за „зимски поход" СССР а.

66 A. Rückert, *NS Verbrechen vor Gericht Versuch einer Vergangenheits-bewältigung*, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1982, 93.

67 При том су започињање рата Хитлер и његови сарадници предузели још и испољавајући посебну врсту презира не само према правилима међународног права,

који ће се током рата и у његовим оквирима извршити, па се из тих схватљивих разлога, тешко може испољити или очекивати велики ентузијазам у доказивању да је осудом у Нирнбергу за злочин против мира повређено начело легалитета. Суђење у Нирнгергу је у идејном смислу било замишљено као својеврсна „лекција“, како немачком народу у оквиру поступка правне и фактичке „денацификације“, тако и потенцијалним будућим „потпаљивачима светског ратног пожара“, што је у основи и био суштински разлог да се нико од „фактора моћи“ тада није претерано бавио „правним формалностима“. То је био и разлог да се суђењу у Нирнбергу, без обзира што је формално посматрано главни актер био *Међународни војни трибунал* састављен од представника четири велике силе и који, дакле, није био заснован на некој могућној широј међународноправној основи, по правилу, не одриче стриктан међународни карактер,[68] те што је посебно важно и упадљиво, врло изричити међународни легитимитет. Тако се, на пример, у једном познатом „класичном раном делу“ из веома обимне литературе посвећене том чувеном суђењу, истиче: „Бескрајна пустошења и неописиви масовни ужаси, који су пратили рат, као и нарастајуће увиђање да би неки следећи рат можда довео до краја модерне цивилизације, допринели су томе да је цео свет захтевао осуду и кажњавање одговорних за агресивни рат и ратне страхоте“.[69]

већ и постулатима елементарне моралности и хуманости служећи се крајње нечасним средствима, па је тако окупација Чехословачке спроведена уз употребу читавог система инструментализоване уцене на ширем међународном плану, у чему су Хитлеру и нацистичком режиму здушно помогли тадашњи крајње слабашни лидери Француске и Велике Британије, који су такође, безразложно и приглупо попуштајући Хитлеру, истовремено кршили и своје међународне обавезе, те свакако сносе један део кривице (пре свега у моралном смислу), за такав историјски развој догађаја. Тако је немачка агресија на Пољску 1. септембра 1939. године, претходно започела дрским инсценирањем „напада Пољске на Немачку“, када је чак посебна СС јединица лажирала оружани напад регуларних јединица пољске армије на једну немачку караулу и радио станицу и при том, инсценирала обраћање пољских агресора немачком народу на искривеном немачком језику,путем емитовања запаљивог говора коришћењем „заплењене“ радио станице, а на „месту напада“, као „крунски доказ“ пољске агресије оставила неколико лешева немачких политичких затвореника, преобучених у пољске униформе. Такав начин започињања рата и то једног ужасног рата који је потом достигао светске размере и обиловао до тада незапамћеним страхотама, је још више допринео да питање реалне правне и пре свега кривичноправне оцене испуњености услова за осуду представника нацистичке Немачке због извршене агресије, односно злочина против мира, постане скоро потпуно беспредметно. То је веома редак историјски пример да *легитимност осуде потпуно потире било какве формалне недостатке* примењеног кривичног права из којег је осуда произишла.

[68] Супротно: H. H. Jescheck, T. Weigend, 120 121.

[69] T. Taylor, *Die Nürnberger Prozesse Kriegsverbrechen und Völkerrecht*, Europa Verlag, Zürich 1951, 11.

Суђење у Нирнбергу и његов исход представљају *редак историјски пример* да је у неким аспектима начело легитимности однело победу у односу на начело законитости у кривичном праву. То, међутим, не представља правни преседан за неке будуће случајеве, јер на срећу, ужаси Другог светског рата и размере нацистичких злочина, који сами по себи представљају историјске преседане, нису доживели да се понављају ни у иоле упоредивом облику,[70] па стога данас не треба очекивати, а нарочито не подржавати, било какво одступање начела законитости у односу на принцип легитимности.

Поштовање начела легалитета се оспоравало и у односу на суђење у Токију. Наиме, од 8. маја 1946. до 12. новембра 1948. године, пред међународним војним судом за Далеки исток (*IMTFE*) је одговарало 28 водећих јапанских политичара, службеника и војних лица, у својству „главних ратних злочинаца",[71] при чему се процес заснивао на тврдњи да је Јапан од почетка 30-тих година водио агресивну, освајачку и ратну политику.[72] Истини за вољу, таква тврдња не звучи посебно уверљиво, када су њени промотери представници тадашњих колонијалних сила. Интересантна је и индикативна (с обзиром да је реч о судији који је пореклом из Азије, која је у то време скоро у целини била под колонијалном управом), изјава индијског судије Пала, који је издвојио своје мишљење: „Пал упућује на то да је ситуација у Јапану била битно другачија него у Немачкој. Уставни систем је функционисао, а такође је став у оквиру јапанског друштва био да су цар, војна лица и службеници били потпуно интегрисани у друштво, те је јапанско друштво њих подржавало и помагало им. Оптужени су своје позиције стекли у складу с Уставом и нису ни у једном временском тренутку своју моћ злоупотребили, нити су власт приграбили. Стога је јапанско друштво ове процесе доживело као

[70] Наиме, без обзира што је период након Другог светског рата упадљиво обележен низом ратова и оружаних сукоба, који су обиловали чињењем кривичних дела против човечности и других добара заштићених међународним правом, те били праћени великим разарањима и огромним цивилним жртвама, ниједан од тих ратова и оружаних сукоба, као ни било који злочин који је из њих проистекао, суштински не може да се по тежини озбиљно пореди са изазивањем светског ратног пожара, као ни с индустријализованим масовним убијањем људи у концентрационим лого рима и другим бројним страхотама учињеним у име нацистичке идеје о „натчовеку" и његовој супремацији у односу на ниже расе, а у борби за освајање животног про стора (*Lebensraum*) и стварање „новог бољег света".

[71] Слично као што је то случај и са Нирнбершким статутом (*IMT*), али и Ста тутом Хашког трибунала (*ICTY*), већ се *у називу крши претпоставка невиности*, јер се говори о суђењу „ратним злочинцима", уместо вођењу кривичног поступка (суђењу), људима који су за ратне злочине *оптужени.*

[72] H. Ahlbrecht, *Geschichte der völkerrechtlichen Strafgerichtstsbarkeit im 20. Jahhundert,* Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden 1999, 103.

неизбежно зло и као правду победника, не повезујући с тим неопходност моралног преиспитивања“.[73]

И на суђењу у Токију се као важно питање наметнуо проблем евентуалне ретроактивности и то у односу на вођење поступка за злочин против мира, јер то кривично дело није било стриктно предвиђено као злочин за који би неко сносио индивидуалну одговорност, већ је агресија била забрањена у међудржавним односима. Интересантна су схватања појединих судија са Токијског трибунала у односу на ово питање.[74] Судија Бернард из Француске је оспорио да се оптужба за злочин против мира може темељити на „Париском пакту“ (*Brian-Kellogov* пакт) који се тицао односа држава,[75] али је тврдио да је вођење агресивног рата ипак незаконито, јер то произлази из „природног права“. Судија *Röling* из Холандије се сложио да злочин против мира није био дефинисан као злочин пре Лондонског споразума, али је, слично судији Бернарду, „обезбедио“ друге рационалне аргументе за закључивање да је вођење агресивног рата незаконито, сматрајући да то произлази из фактичког стања и да се на тај злочин односе посебне одредбе, слично као што је у „домаћим“ националним законодавствима однос политичких кривичних дела са другим класичним делима. Једино је већ спомињани индијски судија *Radhabinod Pal* одбио да се сложи да је агресивни рат незаконит, тврдећи да се то не може закључити ни из Париског пакта, јер се поставља и питање да ли је неки рат имао одбрамбени карактер, а на крају је закључио, да је у ствари: „само изгубљени рат злочин“.[76]

Тако су под утицајем овако већ утврђене праксе међународног кривичног права у оном његовом сегменту формираном под утицајем суђења у Нирнбергу, а у извесној мери и оног у Токију, донесени и одређени међународноправни документи у којима се поштовање начела законитости одређује као важна међународна обавеза, која је истовремено и битно право човека, али се при том то начело дефинише на широк начин, који није типичан за већину националних кривичноправних законодавстава. Тако се поступа у одредбама чл. 11 Опште декларације о правима човека из 1948. године, те у чл. 15 Међународног пакта о грађанским и политичким правима из 1966. године, као и у чл. 7 Европске конвенције о заштити људских права

[73] *Ibid.*, 121.

[74] *Ibid.*, 53 54.

[75] Овим пактом су се, као то наводе С. Аврамов и М. Крећа, државе чланице Друштва народа одрекле рата као инструмента националне политике, те обавезале да своје спорове решавају мирним путем, али иако су државе „осудиле“ рат, недо статак Пакта је био у томе што није постојао одговарајући механизам који би обе бедио његову пуну примену. Вид. С. Аврамов, М. Крећа, *Међународно јавно право*, Правни факултет у Београду, Београд 2008[21], 588.

[76] H. Ahlbrecht, 54.

и основних слобода из 1950. године. За одредбе садржане у овим актима је карактеристично да се њима захтева да се противправност одређеног понашања, које се третира као кривично дело, те кажњивост која из тога проистиче, морају темељити на одређеном формалном основу, у који се сврстава не само национално или међународно право, већ се ту подразумевају и основна општа начела права која признају цивилизовани народ, што је врло широка формулација, под коју се могу подвести и веома широка тумачења, слична онима примењеним у пресуди Нирнбершког трибунала.

Иначе, у теорији међународног кривичног права се често говори да принцип законитости казне (*nulla poena sine lege*) није својствен међународном кривичном праву. Тако *A. Cassese* истиче: „Уобичајено је да многе државе, посебно оне које припадају традицији цивилног права (континентално-европско право), сматрају неопходним да се правом унапред утврде казне за свако кривично дело: (i) да би се обезбедила јединствена примена кривичног права од стране свих судова у држави, те (ii) да би онај ко прекрши право био упознат са могућом казном. Овај принцип није примењив на међународном нивоу, где такви јединствени оквири кажњавања не постоје. У ствари, државе се још не саглашавају о сразмери кажњавања, због тога што постоје веома различита схватања о тежини различитих злочина, о озбиљности кривице за свако кривично дело, те о прикладној тежини казне“.[77] Наравно, јединствене казне не могу да постоје у различитим кривичноправним системима јер не постоји ни јединствено, односно унифицирано кривично право. Али, не треба мешати принцип *nullum poena sine lege* у односу на међународноправни амбијент уопште, где он постоји у појединим државама, са његовим важењем у међународном кривичном праву, јер је он доследно прихваћен у Римском статуту, те се од тада не може негирати његово важење у међународном кривичном праву.

4.2. Начело законитости у Римском статуту

У Римском статуту је, супротно дотадашњој пракси међународног правосуђа, као и концепцијама међународног кривичног права, пре свега утемељених на Нирнбершкој пресуди и у њој заузетом становишту у односу на начело законитости, примењен потпуно другачији приступ, који је у основи идентичан начину на који се начело законитости дефинише у већини националних кривичних законодавстава и то пре свега, европско-континенталних држава и њихових правних система. Начело законитости се у Римском статуту установљава експлицитно, па се и у самом називу чл. 22 Статута на-

[77] A. Cassese, *International Criminal Law,* Oxford University Press, London 2003, 157.

води основни постулат овог начела – *nullum crimen sine lege,* чиме се у великој мери избегавају потенцијална спорна питања. Наравно, и поред високог степена експлицитно установљеног начела законитости у Римском статуту, још увек постоји простор за додатне анализе и објашњења. Међутим, независно од овог решења из Римског статуа, сматра се да начело законитости у међународном кривичном праву и након усвајања Римског статута има ужи значај него ово начело у националним кривичним законодавствима. Тако се, на пример, у Немачкој, која је донела посебан закон о Међународном кривичном праву посвећен имплементацији решења из Римског статута у домаће кривично законодавство, истиче да с обзиром на то да се у том закону упућује на примену међународног уговорног права, може настати проблем на релацији између немачке верзије начела легалитета и оне која важи у међународном кривичном праву.[78] Чини се, међутим, да овај проблем не може да се испољи у већој мери, јер као што је објашњено, Римски статут садржи прилично јасно одређено начело легалитета, а спорно питање би се могло појавити пре свега у вези агресије, која је одређена као део стварне надлежности Међународног кривичног суда, али обележја овог дела у Римском статуту нису дефинисана.

Дејство начела законитости се огледа у искључењу кривичне одговорности у погледу кривичних дела која у тренутку извршења нису била предвиђена као кривична дела у односу на која Међународни кривични суд има надлежност. Према Статуту нико није кривично одговоран за дело које у време извршења није било кривично дело из надлежности Суда (чл. 22, ст. 1). Овим је установљено начело законитости на начин који је усклађен са класичним схватањем дејства овог начела, што значи да важи: 1) *lex scripta,* јер да би неко био у смислу Римског статута кривично одговоран, битан је услов да је његово дело у време извршења било прописано као кривично дело из надлежности Међународног кривичног суда и 2) *lex certa,* с обзиром да су сва кривична дела која спадају у стварну надлежност Међународног кривичног суда прецизно описана, само под условом да је тачно и одређено прописано у чему се конкретна радња кривичног дела састоји, може се за такву радњу кривично одговарати пред Међународним кривичним судом, а при том се и прописи којима се одређује биће кривичног дела морају тумачити рестриктивно (чл. 22, ст. 2). Поред ова два аспекта која директно произлазе из правила *nullum crimen sine lege,* у Римском статуту је (чл. 22, ст. 2) садржана и изричита забрана примене аналогије, повезана и са обавезом рестриктивног, односно уског тумачења свих прописа којима се одређује биће кривичног дела, чиме је успостављен и зах-

[78] H. Satzger, „German Criminal Law and the Rome Statues“, *International Criminal Law Review* 3/2002, 278.

тев 3) *lex stricta*. Тиме што се уводи правило обавезног фаворабилног тумачења неких евентуално двосмислених норми, формулисани су елементи принципа *in dubio pro reo*. Наиме, у случају сумње у односу на значење одређеног прописа, он се тумачи увек у корист окривљеног (чл. 22, ст. 2). Захтеви који се односе на начело легалитета дефинисано чл. 22 Римског статута се могу примењивати само на инкриминације садржане у самом том Статуту, што значи да се њихово дејство не може проширивати на друга кривична дела садржана у националним законодавствима или међународном праву (нпр. у неким другим изворима међународног права), односно кривична дела у националним законодавствима, утемељена на другим међународноправним актима. Наиме, одредбама чл. 22 Римског статута се не сме утицати на инкриминисање било ког понашања као кривичног дела према међународном праву, независно од Римског статута. Из овога произлази да се начело легалитета утемељено чл. 22 Римског статута односи искључиво на елементе стварне надлежности Међународног кривичног суда.

Забрана ретроактивног дејства је предвиђена у Римском статуту на начин који је класичан и за већину националних кривичних законодавстава, тако што се, прво, утврђује начелна немогућност ретроактивне примене одредаба Римског статута, а затим се, као друго, установљава могућност изузетног ретроактивног важења нових (измењених) правила, уколико су она повољнија за окривљеног. Нико према Римском статуту не може да буде кривично одговоран за кривично дело које је извршено пре ступања на снагу Статута (чл. 24), што значи да је овим испуњен и захтев 4) *lex praevia*. Овде се, наравно, мисли само на кривична дела која спадају у стварну надлежност Међународног кривичног суда, што произлази из позивања на осуду „према“, или „сходно“ Римском статуту. Уколико се пре доношења правноснажне пресуде у одређеном случају, промени закон који је требало да буде примењен, Суд примењује одредбу која је повољнија за лице против кога се води истрага, води кривични поступак, или којем треба изрећи пресуду (чл. 24, ст. 2).

Иначе, захтев *lex scripta* је недвосмислено испуњен у начелу законитости дефинисаном Римским статутом, мада то можда, на први поглед, тако не мора да изгледа. Наиме, тиме што се предвиђа кривична одговорност само за кривична дела прописана Статутом, не захтева се јасно да таква дела буду садржана у Статуту, као основном извору права за Међународни кривични суд, што је и могуће једино у писаном облику. Без обзира што те саме инкриминације у одређеној мери потичу из одређених обичаја међународног права, који су кодификовани, оне самим тим што су стриктно прописане одредбама Римског статута дефинитивно губе свој карактер обичајног права, те постају и формално писано право. Ово се не односи на кривично

дело против мира, односно злочин агресије, што представља посебан проблем, јер то дело није уопште описано у Римском статуту, мада је иначе прописана надлежност Међународног кривичног суда и у односу на агресију.[79] Међутим, у питању је одредба која ће фактички, баш због строгог дејства начела легалитета у Римском статуту, бити непримењива, јер се та инкриминација неће моћи изводити из обичајног права, што би било супротно захтеву *lex scripta,* све док се евентуално, одговарајућим амандманима, односно новелама, не унесе таква инкриминација у Римски статут. И наравно, тада се та одредба неће моћи примењивати ретроактивно.

Сви захтеви садржани у начелу законитости у Римском статуту се односе и на правило о немогућности кажњавања за дело које као кривично дело није у време извршења било прописано, а начело *nulla poena sine lege* је такође експлицитно предвиђено у чл. 23 Римског статута, сходно којем лице које суд осуди може бити кажњено само у складу са Статутом. Из овога произлази и да сва она обележја начела законитости која се у Римском статуту односе на кривично дело, важе и на казну која се учиниоцу одређеног кривичног дела може изрећи. Оваквом одредбом је начело законитости на логичан начин проширено и на казну, што је типично за континентално-европска кривична законодавства, а што је иначе, као што је претходно већ речено, било у извесној мери спорно у неким међународним кривичноправним случајевима у пракси, када је дејство начела законитости (посебно у односу на казну), тумачено на један изузетно екстензиван, односно за кривично право нетипичан флексибилан начин.

Примери примене потенцијалне аналогије у обележјима кривичних дела, али и у самом Римском статуту

Мада је у Римском статуту изричито предвиђено начело законитости, те сходно томе није установљена могућност одређивања кривичних дела према сличности, односно забрањена је примена аналогије, извесни примери дефинисања појединих облика кривичних дела према сличности се могу уочити, што представља крупан пропуст, до којег је вероватно дошло услед наглашене тежње твораца овог извора права да што свеобухватније регулишу могуће облике деликтног понашања, те да у том погледу не остане простора за правне празнине.[80]

Овакви примери се могу уочити у утврђивању елемената злочина против човечности. Тако је радња извршења апартхејда (тач. 2

---

[79] Вид. М. Шкулић, „Појам међународног кривичног дела“, *Примена међуна родног кривичног права од стране међународних и домаћих судова*, Зборник Удружења за међународно кривично право, Интермекс, Тара 2006, 83 116.

[80] Вид. М. Шкулић, *Међународни кривични суд надлежност и поступак,* Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2005, 176 177.

Обележја кривичних дела уз чл. 7 ст. 1 (ј) Римског статута), одређена кроз утврђивање два кумулативна услова: а) у општем смислу кроз њено дефинисање на веома широк начин – учинилац је учинио неко нечовечно дело против једног или више лица и б) кроз прецизирање да се мора радити о неком облику злочина против човечности из чл. 7 ст. 1, или делу које је *сличне* природе као неки од тих облика, што представља једну врсту аналогије у односу на друге облике злочина против човечности.

Затим, приликом дефинисања „било којег другог облика сексуалног насиља“, као један од услова за постојање такве радње извршења, захтева се да понашање учиниоца буде такве тежине, која се *може упоредити* са другим кривичним делима из чл. 7, ст. 1 (г) Римског статута из тач. 2 Обележја кривичних дела уз чл. 7 ст. 1 (г), односно другим облицима сексуалног насиља, што такође представља пример упућивања на примену аналогије, али не у односу на комплетну радњу, већ само у погледу њене тежине. То, ипак, није тако очигледно као код примера дефинисања радње извршења апартхејда, где се директно говори о делу „сличне природе“, док се овде захтева да тежина дела буде таква да се „може поредити“ са тежином других кривичних дела те врсте. Међутим, у основи се и овде ради о примени аналогије, што не само да није правно-технички оправдано, јер се и иначе једним казуистичким приступом набраја читав низ могућих радњи извршења дела сексуалног насиља као облика злочина против човечности, а и само силовање као основно дело ове врсте је веома широко одређено, већ је то супротно и начелу законитости, што представља озбиљан пропуст. Овакво тумачење се заснива на чињеници да се може поредити само оно што је у одређеној мери слично, односно позитиван резултат поређења, што је овде смисао норме, захтева да се тежина једног облика дела може упоредити са тежином других деликтних облика, што значи да та тежина мора да буде *слична*, а из тога произлази да се и у овом случају ради о примени аналогије.

Тежња да се делује што обухватније и то, пре свега, у погледу дефинисања могућих радњи извршења злочина против човечности, је довела до примене аналогије и у самом Римском статуту. Тако се у одредбама његовог чл. 7 ст. 1 (к), након једног прилично казуистички усмереног набрајања читавог низа могућих облика злочина против човечности, уводи и последњи веома широко дефинисан облик овог злочина, према којем ту спадају и друга нечовечна дела *сличног карактера*, којима се намерно проузрокују тешке патње, тешко повређивање, односно повреде душевног или физичког здравља. Затим се у Обележјима кривичних дела у тач. 2 уз чл. 7 ст. 1 (к), као посебан услов за постојање овог облика злочина против човечности,

уз остале потребне услове, захтева и да је „природа тог дела слична природи свих осталих дела из чл. 7, ст. 1 Римског статута“.

5. НАЧЕЛО ЗАКОНИТОСТИ И МОГУЋНОСТ НЕПОСРЕДНЕ ПРИМЕНЕ МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА

Непосредна примена међународног права је данас својеврсна „хит тема“, коју радо прихватају поједини „међународни правници“, али коју веома тешко усвајају класични „кривичари“, који сматрају да се, када је у питању кривично право, у том погледу мора испољити велика опрезност. Није спорно да су нека кривична дела прописана одговарајућим међународним изворима права, као што је то, на пример, случај са злочином против човечности. Друго је питање да ли је то учињено да би се на такав начин државама странкама међународних уговора дала прилика да такве инкриминације унесу у своје законодавство и за њих пропишу конкретне кривичне санкције из домена свог правног система или ради могуће непосредне примене таквих одредби. Склонији смо првом схватању.

Међународни извори права из логичних разлога, и онда када прописују одређено кривично дело у смислу дефинисања његових битних обележја, не прописују и конкретну кривичну санкцију. Тако, и када би дошло до непосредне примене извора међународног права у коме је садржан опис кривичног дела, суд који би такво право применио, не би могао да изрекне и кривичну санкцију, јер извором права који прописује инкриминацију санкција једноставно није прописана. Стога је у оваквом случају могућност непосредне примене међународног права, имајући у виду дејство начела законитости, практично немогућа. Када је конкретно у питању злочин против човечности, који у нашем праву све до доношења Кривичног законика из 2006. године није постојао као посебно кривично дело, тада то и не представља неки посебан проблем, јер ниједна радња која је формално сврстана у то кривично дело (чл. 371 КЗ Србије),[81] не би остала некажњена ни захваљујући примени раније важећих кривичних закона, који нису познавали као посебно кривично дело злочин против човечности. Свака од тих радњи би свакако представљала одређено кривично дело које је законом било прописано пре његовог извршења и за које је законом била прописана одређена казна.

Идеја по којој би суд могао непосредно да примени међународно право у погледу описа (бића) кривичног дела, а да онда казну која у

[81] Вид, М. Шкулић, „Landesbericht Serbien und Montenegro“, *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen* (Hrsg. A. Eser, U. Sieber, H. Kreicker), Max Planck Institut für ausländisches und internationales Straferecht, Duncker & Humblot, Berlin 2004, 221 224.

међународном извору права за конкретно кривично дело није прописана, сам „потражи" (неко би рекао „измисли"), имајући у виду слична кривична дела из групе кривичних дела којој по логици ствари припада кривично дело прописано међународним извором права, је заснована на изразито високом степену правне анархије. Таква „комбинација" којом би се премостио „проблем" је потпуно непотребна јер, као што је већ објашњено, ниједна радња која би могла представљати, на пример, злочин против човечности из времена када он није био прописан нашим Кривичним закоником, свакако не би остала некажњена (јер би се без икаквих проблема могла подвести под друга постојећа кривична дела). Шта више, она би била и веома опасна као лош пример и потенцијални негативни узор за наредна „еластична" тумачења кривичног права и неко будуће екстремно штетно „каучук резоновање".

У вези с непосредном применом међународног права, веома је интересантан пример Мађарске. Када је ова држава „наишла на проблем немогућности кажњавања извршилаца кривичних дела као што су лишавање живота цивила приликом демонстрација и егзекуција дисидената којима није претходио судски поступак, која су вршена од стране бившег режима", да би превазишла проблем застарелости тих кривичних дела по домаћем законодавству, она се одлучила да непосредно примени Женевску конвенцију из 1949. године, односно обичајно међународно право које је у њима кодификовано.[82] Одлуком Уставног суда Мађарске број 53/1993 (X.13), утврђен је став овог суда да из одредбе пара. 1, чл. 7 Устава Мађарске,[83] по којој правни систем Републике Мађарске генерално прихвата правила међународног права, произлази примена тих правила као дела мађарског права без посебних трансформација, те да чак Мађарска учествује у међународној заједници на темељу тих одредби, из чега произлази и да ће уставно, као и домаће право уопште, бити интерпретирано на такав начин да се тиме обезбеђује актуелна примена опште прихваћених правила међународног права.[84]

Овакав став мађарског Уставног суда, као и одлуке кривичних судова донете на основу њега, нису наишли на потврду Европског

---

[82] М. Мајић, „Начело легалитета нормативна и културна револуција (II део)", *Анали Правног факултета у Београду* 2/2009, 39.

[83] Овде треба посебно имати у виду да се ради о Уставу „нове" Мађарске, што значи да таква уставна правила нису егзистирала у време „народне републике" Мађарске, када су и вршена кривична дела у односу на која су потом, а на темељу како уставних одредби, тако и једне одлуке Уставног суда Мађарске из 1993. године (донете свега 37 година након учињених кривичних дела), непосредно примењена општеприхваћена правила међународног права,а што је касније у случају који се у раду посебно анализира, оспорено одлуком Европског суда за људска права.

[84] A. Harmathy, *Introduction to Hungarian Law,* Kluwer Law International, The Hague, London, Boston 1998, 187.

суда за људска права.[85] Подносилац представке у овом случају, господин Корбели,[86] је тврдио да је тиме што је од стране мађарских судова правноснажно осуђен за злочин против човечности, а на темељу непосредне примене Женевских конвенција, као и обичајног међународног права, повређено његово право из чл. 7, ст. 1 Европске конвенције о људским правима и основним слободама односно да је повређено начело законитости.

Против Корбелија је 14. децембра 1993. године у Будимпешти покренута истрага због извршеног злочина против човечности прописаног Женевским конвенцијама, а на основу претходне одлуке Уставног суда о могућности непосредне примене међународног права. У првостепенем судском поступку пред Окружним судом у Будимпешти кривични поступак је 29. маја 1995. године обустављен, јер је суд стао на становиште да се ту ради о кривичном делу убиства, односно подстрекавања на убиство, а не о злочину против човечности, те да је стога наступила застарелост кривичног гоњења. Врховни суд Мађарске је одлучујући о жалби државног тужиоца, 6. децембра 1996. године, укинуо одлуку од 29. маја 1995. године и вратио предмет на поновно суђење, те наложио да се предмет врати у стање истраге. У мају 1998. године војно веће првостепеног суда је одржало претрес, који је опет резултирао обуставом поступка, јер је суд закључио да се не ради о злочину против човечности, а да је кривично дело убиства апсолутно застарело 26. октобра 1971. године. Врховни суд Мађарске је 5. новембра 1998. године у жалбеном поступку, у којем су саслушана и три експерта за историју, преиначио одлуку првостепеног суда, тако што је непосредно применио одредбе Женевских конвенција, закључујући да ратни злочин не може застарити, те је оптуженог Корбелија огласио кривим за учињени злочин против човечности. Оптужени је уложио ревизију против те одлуке, а ревизионо веће Врховног суда Мађарске је укинуло одлуку и предмет вратио другостепеном суду. У новом поступку пред

85 Korbely v. Hungary, *Application no. 9174/02*, Judgment of 19 September 2008.

86 Ради се о човеку који је 1956. године у време избијања мађарске „рево луције“ био капетан са службом у војној школи у Тати. Када је та војна школа од наоружаних демостраната нападнута 26. октобра 1956. године и том приликом је један официр убијен, а један рањен, капетан Корбели је активно учествовао у ору жаним сукобима. У то време је у Мађарској владало ванредно стање уведено 23. октобра 1956. године, у оквиру којег су власти прописале да сваки цивил који се затекне са оружјем мора да на лицу месту буде ликвидиран. Капетан Корбели је 26. октобра командовао групом војника у нападу ради ослобађања локалног затвора којег су заузели демонстранти. Када је сломљен њихов оружани отпор, неколико де монстраната се предало, а међу њима је био и извесни *Tamash Kaszas*, који је након извесног времена предао ватрено оружје које је имао у џепу, након чега је капетан Корбели наредио војницима да пуцају у заробљеника који је покошен рафалима из аутоматског оружја.

другостепеним судом, жалбено веће Врховног суда Мађарске је предмет вратило на одлучивање првостепеном суду, који је коначно, примењујући одредбе Женевских конвенција, оптуженог огласио кривим за злочин против човечности. Ту пресуду је 8. новембра 2001. године потврдио Врховни суд Мађарске и она је тако, постала правноснажна. Затим је јула 2002. године одбијен захтев осуђеног за понављање кривичног поступка, а у септембру 2003. године, Врховни суд Мађарске је, без улажења у меритум, одбацио ванредни правни лек. Осуђени Корбели се својом представком обратио Европском суду за људска права, који је утврдио да је правноснажном одлуком мађарског суда повређено право осуђеног утврђено у чл. 7 Европске конвенције о људским правима и основним слободама – начело законитости у кривичном праву.

Не можемо се сложити са ставом да Устав Србије из 2006. године оставља простор за непосредну примену свих облика међународног кривичног права.[87] Иако је у чл. 16, ст. 2 Устава Србије прописано да су општеприхваћена правила међународног права и потврђени међународни уговори саставни део правног поретка Републике Србије и непосредно се примењују, тиме се ипак не омогућава аутоматска и априорна непосредна примена међународног права. Из тога што се у ст. 2 овог члана каже да потврђени међународни уговори морају бити у складу са Уставом, не произлази став да онда обрнуто, општеприхваћена правила међународног права не морају бити у складу са Уставом. Наиме, овде приликом тумачења није логична примена *argumentum a contrario*,[88] већ је ту потребно применити аналогију.

Како су међународни уговори конкретнији, јаснији, прецизнији и свакако неспорнији него општеприхваћена правила међународног права, треба сматрати да у случајевима када уставотворац захтева да такви извори међународног права морају бити у складу са Уставом, тада уставотворац тим пре, а по аналогији, у сваком случају такав захтев имплицитно успоставља и у односу на општеприхваћена правила међународног права.[89] Поред овога, овде треба имати у виду и дејство

[87] М. Мајић, II, 40.

[88] Супротно: *ibid.*

[89] У ствари, иако Устав овде није најпрецизнији, чини се да је прави разлог да се у ставу 2 члана 16 Устава Србије, спомиње само усклађеност потврђених међународних уговора са Уставом Србије, а не и општеприхваћених правила међународног права, баш у извесној непретенциозности нашег уставотворца који је очигледно сматрао да није логично да он стриктно уређује питање усклађености таквих правила (која су у ствари обичајног карактера на међународном нивоу и самим тим настају не један спонтан начин и у дужем временском периоду, те без потребе формалне ратификације правним механизмима националног законодавства), са домаћим уставним поретком, док се то некако лакше може захтевати у односу на међународне уговоре који се на одговарајући начин и потврђују правним механизмима домаћег правног система. С

чл. 145, ст. 2 Устава Србије према коме се судске одлуке заснивају на *Уставу, закону, потврђеном међународном уговору и пропису донетом на основу закона*. Како непосредне примене међународног кривичног права не може бити, осим на основу одређене судске одлуке, односно у оквиру ње, међународно кривично право се у Србији практично не може применити непосредно, ако се ради о праву садржаном у општеприхваћеном правилу међународног права, јер се у чл. 145, ст. 2 Устава Србије уопште не оставља могућност заснивања одлуке суда на таквом извору права. Из овога истовремено произлази и закључак да је *непосредна примена међународног права* у Србији могућа само када су кумулативно испуњењена *два услова*: 1) неопходно је да се ради о одредбама садржаним у потврђеним међународним уговорима и 2) те међународноправне одредбе морају бити у складу са Уставом Србије.

6. ЗАКЉУЧАК

Ни декларативно уставно и законско одређење начела законитости (*nullum crimen nulla poena sine lege*), само по себи, не мора бити довољно за очување правне сигурности, те обезбеђење стабилности кривичног законодавства правне државе, ако би се одговарајућим нормативним „поигравањем“, оно „изигравало“ другим нормама, што би се, по правилу, свело и на испољавање солидне дозе најцрњег цинизма. Наиме, као што су такве идеје својевремено егзистирале у раној совјетској држави и доживеле одговарајуће оживотворење у нацистичкој Немачкој,[90] можда би опет некоме могло пасти на памет да створи један „ефикаснији“ кривичноправни систем, који би апсолутно избегао „рупе“ у закону, те био способан да прати „нараслу динамику друштвених промена“.

Тако би, на пример, некакав „монструозни“ законодавац тоталитарне државе могао конструисати следећи „универзални“ појам

друге стране, није спорно да ово ипак представља извесну омашку у Уставу, али као што је објашњено, она се може исправити применом тумачења путем аналогије, које је овде могућа, јер се не ради о кривичноправној норми.

[90] Право нацистичке Немачке се у општем смислу одликовало настојањем да се „суд ослободи обавезе строгог поштовања закона“, па је тако и правни систем обиловао „генералним формулацијама“, подобним за веома широка тумачења, као што су добри обичаји, верност, поверење, важни разлози, итд, а што је својевремено критиковао и Карл Шмит (*Carl Schmidt*). Када је у питању начело законитости у кривичном праву, оно је у нацистично доба у пракси схватано уместо као *nul lum crimen, nulla poena, sine lege* (иако је као такво формално постојало у §§ 2, 2a Кривичног законика Рајха), као: *nullum crimen sine poena*, што је кулминирало Кривичним закоником из 1938. године, који је и формално судије упућивао да у примени кривичног права воде рачуна о вољи и мислима фирера. Вид. S. Meder, *Rechtsgeschichte*, Böhlau Verlag, Köln, Weimar, Wien 2005², 369 и 371.

кривичног дела и истовремено свеобухватну инкриминацију, која би попут својеврсног екстремно широког нормативног „кишобрана" покрила и наткривила све и свашта: *кривично дело је свако друштвено опасно дело, за које казна одговара степену друштвене опасности*. Језиво, зар не! Али, некоме чак и ово може деловати прихватљиво, па и корисно. Тако се избегавају правне празнине, „штеди" се на инкриминацијама (и на папиру, наравно), у таквом систему ниједан „зликовац" не може избећи „заслужену казну", а како су јавни тужиоци и судије часни, поштени и непристрасни, нема сумње да ће они знати да ваљано процене када постоји тако формулисано кривично дело, те какву казну (и тада би морао постојати систем кривичних санкције, као и законски дефинисан општи минимум и максимум казне), заслужује учинилац. Страшно, зар не!

Урушавањем начела законитости, створиле би се и друге невероватне могућности. Некоме може пасти на памет да ни друга устаљена начела правне државе нису „Свето писмо". Чему, на пример, сложен и скуп кривични поступак у коме се тежи истини, кад све то може бити упрошћеније и јевтиније, а најбоље би било, када би се казна флагрантним учиниоцима одмах на лицу места изрицала и извршавала. Преки суд, како то лепо звучи!

Ако би таква или слична језива и застрашујућа „универзална инкриминација" била законска норма, а без практичног уважавања традиционалне суштине начела законитости, садржане у његова четири основна аспекта (*lex scripta*, *lex praevia*, *lex certa* и *lex stricta*), неко довољно циничан би могао констатовати да се и таквом формулацијом ипак поштује начело легалитета, јер су и кривично дело, као и казна прописани законом. Зато је изузетно важно да се начело законитости, као једна од најважнијих тековина правне државе, доследно поштује у његовом изворном облику и да се схвати да је свака његова релативизација нужно скопчана са изразито великом опасношћу не само по правну сигурност у општем смислу, већ и по права и слободе грађана.

Апсурдно је да се идејом некакве „нове културне стварности",[91] која захтева судију који више не би био „слуга" законодав-

[91] Интересантно је да су, историјски посматрано, само најреволуционарнији и најнедемократскији режими, који су веома оштро, „хируршким резом", прекидали везу са ранијим друштвеним епохама и који су тежили стварању новог и бољег човека, било аријевца у нацистичкој Немачкој, било совјетског радника и грађанина у СССР у, наглашено тежили и да, између осталог, владају не само телима, већ и душама својих поданика, те да механички уобличе и чврсто устоличе нове „културне обрасце", попут соцреализма у СССР у и *neue Deutsche Kunst* у Трећем рајху. У таквим државама су вољи монолитне партије и вође морали да служе не само правни систем, већ и владајући „културни систем", па зато начелно не звучи баш убедљиво када се потреба редефинисања начела законитости у кривичном праву и његова тобожња еволутивност, правдају настанком некакве „нове културне стварности".

ца,[92] већ „тумач постојећих и детерминатор предстојећих културних кретања“,[93] објашњава потреба за „кривичним правом новог доба“.[94] Изузимајући нејасне и прилично чудне појмове „културних кретања“ и уопште инсистирање на посебној вези „културе и права“, као и у најбољем „скојевском маниру“ скован термин о „новом добу“, чини се да је овде основна идеја да је свету који се брзо технолошки, технички и у сваком другом погледу мења, кривично право постало помало тесно, те да је тај тешки „оклоп“ класичног кривичног права, а посебно начела законитости, сада, а посебно у релативно блиској будућности, потребно мало олабавити. Ради се о идеји која је утемељена на потпуно погрешној премиси. Није логично да у ситуацији када друштво напредује (ако оно заиста, а нарочито „културно“, напредује), кривично право треба да назадује. Једна од најважнијих одлика савременог кривичног права је баш деловање начела законитости и потпуно је апсурдно да се, позивањем на потребу праћења захтева нове савремености у друштву уопште, дерогира то најважније обележје савременог кривичног права.

Велики кинески мислилац Лао Це је рекао да и пут од хиљаду миља почиње од првог корака, а први корак су наше мисли. Стога, треба бити опрезан не само у деловању, већ и у размишљању. Да нас некакав нови „пут“ даљег развоја кривичног права не би довео до неке реалне варијанте орвеловске државе или кафкијанског кривичног права, није пожељно тежити претераној флексибилности у тумачењу најтемељнијих начела правне државе, а ту свакако спада начело законитости у кривичном праву.

Начело законитости је у свом класичном облику од толико велике важности у савременом кривичном праву да је веома тешко замислити, а нарочито и оправдати његово ниподаштавање, па чак ни било какву релативизацију, бар не у демократском друштву и правном систему државе која се одликује владавином права.

Неко се можда не би „држао закона као пијан плота“ и радо би судио „неспутан“ законом, али и овде ваља подсетити, како на по-

---

[92] Чудно је објашњавати да је судија некакав покорни „слуга законодавца“, јер тиме што судија поштује и примењује закон, он никоме не служи, већ једноставно и сам поступа у складу са законом, а ако сам судија не би поштовао закон, како би се то могло очекивати од других „обичних“ грађана, што значи да би та „борба“ против „служења законодавцу“, брзо прерасла у увод у ничим омеђену правну и фактичку анархију. Каква би била сврха закона, када они не би обавезивали судије? Коначно, метафорички се и може рећи да судија „служи“ закону, дакле не законодавцу, а већ је истицана и позната Цицеронова мисао по којој „сви грађани служе закону, да би били слободни“.

[93] Иако аутор овог рада начелно испољава велико поштовање за одговорну и часну професију судије, чини се да је заиста и више него претерано видети у судији субјекта таквих, скоро божанских прерогатива.

[94] М. Мајић, II, 48 49.

знату мисао да је „пут до пакла поплочан најбољим намерама“, тако и на идеју Цицерона, по којој смо „сви ми слуге закона, да бисмо били слободни“, а кривично право је у континенталној Европи изразито законско право. Они који без јаких аргумената, али са пуно ентузијазма грубо насрћу на начело законитости у кривичном праву, не увиђају да, као што се у роману *Браћа Карамазови* констатује, „ако нема Бога, све је дозвољено“, тако би и у кривичном праву, без деловања начела легалитета, на ужас грађана, „све било могуће“.

Када би у савременој држави један човек био властан да сам доноси законе и када би некакав тиранин одлучио да укине или битно релативизује начело законитости у кривичном праву, он би помало подсећао на оног античког несрећника који је запалио храм да би тако заувек обезбедио поуздано сећање на своје име. Додуше, он је у томе коначно и успео, [95] али је његова „слава“ ипак остала жалосна.

Dr. Milan Škulić

Professor
University of Belgrade Faculty of Law

THE PRINCIPLE OF LEGALITY IN CRIMINAL LAW

Summary

The principle of legality in criminal law is one of the main characteristic of a democratic and liberal legal system. Historically, it was created in the time of political and legal liberalization. It is embedded not only in criminal codes of the European states, but also in their constitutions.

The author offers a thorough historical, comparative and doctrinaire analysis of the content, scope, implications and social and legal relevance of the principle of legality in criminal law. His scrutiny extends to several legal systems, including that of Serbia, other European countries, the United States, and even Israel and Japan. In addition, the author examines the concept of the direct application of international criminal law in national courts.

The direct implementation of the international law provisions, especially those of international criminal law, is possible in Serbia under

[95] Нема разлога да се његово име заборави, јер човека треба памтити како по добрим, тако и по лошим делима. Херострат је тако, палећи јула 356. године старе ере Артемидин храм у Ефесу, свакако успео да буде и остане запамћен.

restrictive conditions. Although it is prescribed in Article 16 of the Constitution of Republic of Serbia, that the general accepted rules of international law are part of legal order of Republic of Serbia and are implement directly, there are some preconditions prescribed. Namely, the ratified international contracts have to be in accordance with the Serbian Constitution, and that provision applies for general accepted rules of international law by analogy. Also, in accordance with the Article145 of Constitution of Serbia, court decisions have to be based upon the Constitution, national laws, ratified international contract or other provisions adopted in accordance with the law. Consequently, rules of international law are not an immediate source for the court decision. International law can be directly implemented under two cumulative conditions: that they exist in the ratified international contracts, and that they are fully in accordance with the Constitution of Serbia. In a number of issues the paper is a critical response to the article *Principle of Legality – Normative and Cultural Evolution* published in the previous volumes of this journal.

Key words: *Principle of Legality. – Criminal Law. – International Criminal Law. – Legal Certainty. – The Rule of Law.*

УДК 347.961.1(497.4)

Др Весна Ријавец

редовни професор Правног факултета Универзитета у Марибору

УЛОГА НОТАРА У ГРАЂАНСКОМ ПРАВУ СЛОВЕНИЈЕ

У тексту се анализира установа нотаријата која је уведена у Словенији пре петнаестак година. Ауторка указује на најважније особине нотарске службе, њихов значај и користи које је нотаријат показао у правном систе му Словеније, поготово у области компанијског права, својинскоправним од носима, земљишнокњижној пракси, у извршном поступку, наслеђивању, међу народном правном промету, итд. Значај нотаријата нарочито долази до изражаја код важнијих правних послова, за чију је правну ваљаност законом предвиђена обавезна нотарска форма. Посебно се скреће пажња на иновације које се очекују у словеначком законодавству, што би требало да нотаријат учини још ефикаснијим и кориснијим, нарочито у области наслеђивања, где се очекује проширење надлежности нотара. Општа је оцена да се нотаријат за релативно кратко време веома чврсто усадио у правни поредак Словеније и да је постао веома корисна институција.

Кључне речи: *Нотарска комора. Нотарска исправа. Извршни наслов. Наследно право. Ванпарнични поступак.*

1. УОПШТЕ О НОТАРИЈАТУ

Усвајањем Закона о нотаријату (даље: ЗН) 1994. године, у Словенији је поново успостављена инизитуција нотара,[1] по узору нотаријата латинског типа,[2] намењена да обезбеди правну сигурност у

[1] Zakon o notarijatu, *Službeni glasnik RS*, br. 13/1994, последња измена Službeni glasnik RS, br. 45/2008 (последњи званичан пречишћен текст *Službeni glasnik RS*, br. 2/2207 UPB3). О нотаријату у Грчкој вид. више у овом часопису G. N. Diamantopou los, „Notary Public as the Public Auction Clerk in Greek Law Notary Related Nullities in Public Auctions of Immovable Property", *Annals of the Faculty of Law in Belgrade Belgrade Law Review* 3/2009, 183 201.

[2] Међународна асоцијација латинских нотара је усвојила следећу дефиницију: „Латински нотар је по занимању правник, који на основу јавног овлашћења при

пословању субјеката грађанског права, како правних тако и физичких лица.

Нотаријат представља јавну службу у оквиру правосудног система, чија се област деловања и надлежност утврђује законом. Значај савременог нотаријата је у неколико праваца његовог деловања. Нотар саставља исправе посебне доказне снаге и њих, применом посебних мера безбедности, дугорочно чува. Нотар је непристрасни правни саветник, који својим превентивним деловањем растерећује државне органе и судове, јер за њих обавља прописане послове, директним преносом надлежности или по њиховом посебном налогу као судски овлашћеник. При извршавању јавних овлашћења нотар не делује само у интересу једне стране, већ у интересу свих учесника нотарског рада и на тај начин се пружањем превентивне правне сигурности у грађанскоправним односима задовољава јавни интерес. Стога је разумљиво да је институт нотаријата начелно уређен Уставом Републике Словеније[3] у оквиру поглавља о државном уређењу.[4] ЗН затим конкретизује пренос неких државних надлежности на нотаре, тако да нотарским пословима додељује посебне ефекте (ефекат јавне исправе и извршности), иако су ти ефекти по правилу атрибути аката државних органа. Упркос томе, нотар није државни службеник и, сходно томе, с државом не закључује радни однос, већ своју делатност обавља као слободно занимање правне струке у законски ограниченим оквирима те службе, у своје име и за свој рачун уместо државе.[5] Право да обавља службу добија кандидат за нотара појединачним актом о именовању на слободно нотарско место, који издаје министар надлежан за правосуђе, на основу предлога Нотарске коморе (чл. 10, ст. 1 ЗН). Против одлуке о именовању нотара жалба није дозвољена, али је могуће покренути управни спор (чл. 157 Устава РС и чл. 10, ст. 7 ЗН).

Иако није у непосредном односу са државом, нотар је подвргнут, за носиоце јавних функција, уобичајеним облицима надзора.

ма изјаве воље од странака, записује их у правном облику и о њима издаје реле вантна документа, која добијају значај јавне исправе. Оригинале тих докумена та чува и издаје оверене преписе. У његове дужности спада и јавно потврђивање чињеница. „Даље, нотаријат латинског типа карактерише слична организација те службе у бројним земљама, што омогућава чвршћу међународну организованост и ефикасно пословање у односима са међународним елементом“. Вид. такође K. Wagner, *Notariatsordnung mit Kommentar, Literaturangaben und einer Ubersicht der Rechtsprechung*, Manz, Dunaj 1995[4], 3 и сл.

[3] Ustava RS, *Službeni glasnik RS,* br. 33 I/1991 I, последња измена *Službeni glasnik RS*, br. 68/2006.

[4] Ustav RS у чл. 137, ст. 2 само начелно прописује положај нотара као (јавне) службе, регулисане законом.

[5] *Komentar Ustava Republike Slovenije* (ur. L. Šturm), Fakultet za poslediplom ske državne i evropske studije, Ljubljana 2002, 942 .

Надзор над законитошћу обављања делатности нотара у целини врши министарство за правосуђе. У случајевима које нотару повери суд или други државни орган, надзор врши председник вишег суда на чијем се подручју налази седиште нотара (чл. 110 ЗН).

На неколико места у ЗН су дефинисане поједине дужности нотара, као обавеза поштења и савесности, тачности, непристрасности и једнаког третмана свих учесника нотарског рада и дужност чувања тајности. Последња се надовезује на уставом гарантовану заштиту личних података (чл. 38 Устава РС). При састављању исправа нотар је дужан да поштује формалне и материјалне захтеве (чл. 31–48 ЗН). Дужан је утврдити праву вољу странака, поучити их о правним последицама закључења намераваног правног посла и спречити коришћење нејасних и двосмислених формулација. Одређене дужности су детаљније дефинисане у другим прописима којима се уређују поједине области правног живота. Тако, на пример, дужност нотара на подручју права привредних друштава уређује Закон о трговачким друштвима[6] (даље: ЗГД–1). Нотар је дужан да с посебном пажњом штити интересе странака које нису способне саме бринути о себи, али то не значи да је дужан предлагати њихово стављање под старатељство.

Уколико нотар крши било коју од законски прописаних дужности, то даје основа за грађанску одговорност, која може бити уговорна или деликтна. Прва веже нотара у истој мери као адвоката, где штета настаје у вези са састављањем приватних исправа или у вези са заступањем странака. Друга, деликтна, је много важнија зато што нотар у овом случају одговора за штету како странкама тако и трећим лицима, при чему упркос чињеници да постоји однос јавноправне природе, не установљава одговорност за штету државе.[7]

2. ОВЛАШЋЕЊА НОТАРА

2.1. Поступак за састављање и оверу исправа

Јавна исправа је важан појам правног живота и за поузданост и заштиту приватних правних односа незамењив. Закон о парничном поступку (даље: ЗПП)[8] дефинише јавну исправу као исправу у

[6] Zakon o gospodarskih družbah   Zakon o trgovačkim društvima, *Službeni gla snik RS*, br. 42/2006 (60/2006 popr.) последња измена *Službeni glasnik RS*, br. 42/2009 (последњи званични пречишћени текст и последња измена *Službeni glasnik RS*, br. 65/2009   UPB3).

[7] Вид. V. Rijavec, „Građanska odgovornost notara“, *Pravna praksa* 11/1998, aneks, I i sl.

[8] Zakon o pravdnem postopku   Zakon o parničnom postupku (ЗПП), *Službeni glasnik RS*, br. 26 /1999, последња измена *Službeni glasnik RS*, br. 45/2008 (последњи званични пречишћени текст *Službeni glasnik RS*, br. 73/2007   UPB3).

физичком или електронском облику, коју у прописаној форми издаје државни орган у границама своје надлежности и исправу коју у таквој форми издаје самоуправна локална заједница, друштво и друга организација или појединац у вршењу јавних овлашћења (нотар), што им је поверено законом, којом се доказује истинитост онога што се у њима потврђује или прописује (чл. 224, ст. 1 ЗПП). Значај јавне исправе се огледа у спречавању спорова и у лакшем доказивању релевантних чињеница у праву.[9] Састављање јавних исправа је најважније овлашћење које је законодавац пренео на нотара. Законодавац је свестан да се могу десити грешке при састављању исправа, које могу бити последица нетачних података, самовоље појединца и сл., као и да за нотарске исправе важи оборива претпоставка аутентичности и истинитости њихове садржине. Скупни појам нотарска исправа односи се на нотарске записе, нотарске потврде и нотарске записнике. Свака од њих која има испуњене услове за поједине врсте исправа има доказну моћ јавне исправе (чл. 3 ЗН).

2.2. Нотарски запис

Нотарски запис је исправа о правном послу или изјава воље за чије састављање су прописани најстрожи захтеви и који има и највиши ниво веродостојности (чл. 43–59 ЗН). Садржина нотарског записа мора нужно да буде правни посао или правнопословна изјава. Нотарски запис не може се користити само за потврђивање чињеница, али може поред правног посла или правнопословне изјаве, имати такође и декларативни садржај. Тиме се остварује боља правна заштита одређених врста субјекта или одређених врста правних послова. Међутим, за оне који су спремни да своје грађанско правне послове решавају споразумно, постоји могућност да их професионално оспособљена особа непристрасно саветује и помаже им у обезбеђивању правно релевантне форме. Код функција нотара акценат је услед тога на објективном саветовању које има утицаја на изражавање праве воље учесника.[10] На тај начин се пружа већа вероватноћа да је правни посао од самог почетка поуздано изведен, што ће за последицу имати смањење броја спорова који би можда касније настали. Нотарска стручна процена треба да има превентивну улогу у смањивању броја парница. То је могуће постићи првенствено ако је суделовање нотара укључено у довољно раној фази

[9] По ЗН су нотарске исправе (нотарски записи, нотарски записници и нотарска потврде) и њихови отправци јавне исправе, ако су биле испоштоване, при њиховом састављању односно укидању, све битне формалности, прописане у ЗН (чл. 3 ЗН).

[10] V. Rijavec, „Notariat *Lex est quodcumque notamus*“, *Pravna praksa* 22/1993, 7.

настајања правног посла, што је узето у обзир код правних послова за чију пуноважност нотарски облик има конститутивни значај.

Нотарски запис је писани документ, издат уз суделовање нотара, који има значај јавне исправе, зарад чега нотар није једино сведок изјаве воље, већ својим суделовањем помаже при обликовању садржине изјаве у исправи.[11] Оригинал нотарског записа трајно чува нотар, док се странкама за употребу у правном промету издају његови отправци. Зарад веће правне сигурности законодавац је за неке правне послове изричито прописао облик нотарског записа са конститутивним ефектом (на пример, споразум о доживотном издржавању).

2.2.1. Непосредно извршан нотарски запис

Снагу нотарских јавних исправа ЗН додатно је надоградио дејством непосредне извршности, коју нотарски запис добија ако је дужник с тим учинком изричито сагласан.[12] О предмету нотарскога записа, у којем је прописана обавеза нешто дати или учинити, морају бити испуњене претпоставке да би било дозвољено закључивање поравнања по правилима словеначког Облигацијског законик (даље: ОЗ). С роком доспећа потраживања та исправа постаје извршни наслов, при чему посебно треба узети у обзир Закон о извршењу и осигурању[13] (даље: ЗИЗ). ЗИЗ налаже суду да допусти извршење на основу извршног наслова[14] (чл. 17, ст. 1) и прописује услове за непосредну извршност нотарског записа (чл. 20а ЗИЗ). Нотарски запис је непосредно извршан само ако је дужник у њему сагласан с његовом непосредном извршношћу (извршна клаузула) и ако је потраживање које произилази из нотарског записа доспело. Ово друго се доказује нотарским записом, јавном исправом или по закону овереном исправом (чл. 20а, ст. 2 ЗИЗ).[15]

---

11 V. Rijavec, (1993),7 8

12 ЗН у чл. 4 прописује, да је нотарски запис извршни наслов, у којем је прописана обавезност нешто дати, учинити, пропустити или трпети, на којима је дозвољено поравнање, ако је лице дало сагласност за његову непосредну извршљивост изјавом у истом или посебном нотарском запису и ако је потраживање доспело. Ближе о томе V. Rijavec, „Notarske isprave u izvršenju: neposredno izvršljiv notarski zapis“, *Pravna praksa* 28/2001, aneks, I XII.

13 Zakon o izvršbi in zavarovanju Zakon o izvršenju i osiguranju, *Službeni glasnik RS*, br. 51/1998, последња измена *Službeni glasnik RS*, br 28/2009 (последње званични пречишћени текст *Službeni glasnik RS*, br. 3/2007 UPB4).

14 Извршни наслови по чл. 17, ст. 2 ЗИЗ су: 1. извршна судска одлука и судско поравнање; 2. извршни нотарски запис; 3. друга извршна одлука или исправа за које закон, ратификован и објављен међународни уговор или правни акти Европске уније, који се у Републици Словенији употребљава непосредно, прописује да је извршни наслов.

15 Уколико доспелост потраживања не зависи од протека рока, већ од неке друге чињенице наведене у нотарском запису, нотар је дужан странке упозорити, да је за доказивање доспелости потраживања довољна повериочева писмена изјава дужнику,

Уколико дужник о доспелости обавезу не испуни, повериоцу није потребна одлука суда (пресуда) коју би морао тек придобити у парничном поступку, него одмах може предложити извршење на основу нотарског записа у којем је нотар потврдио извршност. Против непосредно извршног нотарског записа нема права жалбе или ванредних правних лекова. Али, нотарски запис нема и својство правоснажности. Наиме, судска заштита странака је тако уређена да се дужник може противити извршењу приговором у извршном поступку или тужбом у парничном поступку против правнога посла сачињеног у облику нотарског акта (апсолутна или релативна неваљаност правнога посла). Тужба при том нема суспензивно дејство. Ако дужник победи у парници може предложити противизвршење. Поверилац не може уложити тужбу са идентичним захтевом који је уређен у нотарском запису, јер за то нема правни интерес. Иначе, тужбу је могуће уложити у свим случајевима спора који су у вези с правним послом који је предмет нотарског записа.[16]

2.2.2 Конститутивна нотарска форма у грађанском праву

Иако су правни послови аутономне изјаве воље два или више субјеката права којима у правно дозвољеним границама настају, мењају се или престају права и обавезе у конкретним правним односима,[17] неопходно је имати на уму да сви правни послови нису једнаке „правне тежине". У светлу заштите правног промета, заштите појединца од злоупотребе и, коначно, због далекосежних последица појединих правних послова, законодавац је за поједине правне послове прописао посебне облике, што је основа за правно ваљану изјаву аутономне воље и самим тим настанак правно ваљаног правног односа. У таквим случајевима говоримо да форма (облик) има конститутиван ефекат. Чак и ако заиста постоји садржај правног посла, он је законски обавезујући тек онда када му странке дају одговарајући облик.

У којим случајевима је потребно закључивање правних послова у облику нотарског записа прописано је на више места у ЗН, ОЗ, ЗГД,[18] ЗЗЗДР[19] и др. У чл. 47 ЗН је одређено да у облику нотарског записа *морају* бити закључени следећи правни послови:

да је потраживање доспело, са навођењем дана доспоелости и доказом о испоручењу писане изјаве о доспелости потраживања дужнику. Нотар може да упозори странке да уместо доказа о испоручењу писане изјаве о доспелости потраживања, поверилац може да овласти нотара, да о доспелости обавести дужника.

[16] V. Rijavec, T. Kereteš, R. Vrenčur, R. Knez, *Pravno uređenje imovine*, 1, GV Založba, Ljubljana 2006, 436.

[17] M. Pavčnik, *Teorija prava, Doprinos u razumevanju prava*, ispitano i dopunje no izdanje, Cankarjeva založba, Ljubljana 2001, 315.

[18] Zakon o gospodarskih družbah Zakon o trgovačkim društvima.

[19] Zakon o zakonski zvezi in družinskih razmnerjih Zakon o bračnim i porodič nim odnosima.

1) уговор о уређењу имовинских односа између супружника и ванбрачних партнера;
2) уговор о располагању имовином лица коме је одузета пословна способност;
3) договор о одрицању од неотвореног наслеђа међу претком и потомком;
4) други правни послови, за које било који закон одређује да морају бити закључени у облику нотарског записа.

Осим тога, ОЗ прописује форму нотарског записа за уговоре о доживотном издржавању и о уступању и расподели имовине за живота између претка и потомака и уговоре о уступању имовине трећим лицима.[20]

Уколико наведени правни послови нису закључени у облику нотарског записа, у складу са чл. 48 ЗН, они се сматрају ништавим. Наиме, ЗН изричито прописује (апсолутну) ништавост правних послова који нису сачињени у законски прописаном облику нотарског записа па, сходно томе, није могуће да би се таква апсолутна повреда формалних захтева у делу или целости могла разрешити са облигационоправним инситутом делимичне ништавости (чл. 88 ОЗ[21]) или конверзије (чл. 89. ОЗ).

2.3. Потврђивање (сертификација) чињеница

Нотар је овлашћен да у облику потврде или записника потврди чињенице из којих произилазе права о којима се непосредно сам уверио. Значај нотарског сертификовања (потврђивања) је у лакшем доказивању и обезбеђивању доказа. Те потврде или записници имају правну снагу (ефекат, својство) јавне исправе, ако су састављени по одредбама чл. 61–70. ЗН (чл. 60, ст. 2 ЗН). Нотар је у складу са ЗН надлежан за:

– оверу преписа (чл. 61 и 62 ЗН),
– оверу превода – у колико је нотар истовремено и судски тумач за одређени језик (чл. 63 ЗН),
– оверу потписа – уколико законом није прописана надлежност државног органа или другог службеног лица (чл. 64, 64а, 65 ЗН),
– потврду времена када је исправа била поднета на консултацију нотару или преко њега трећем лицу (чл. 66 ЗН),

[20] На словеначком „preužitkarska pogodba“.

[21] *Službeni glasnik RS*, br. 83/2001, последња измена *Službeni glasnik RS*, br. 40/2007 (последњи званични пречишћен текст *Službeni glasnik RS*, br. 97/2007 UPB1).

– потрврду чињенице да је особа жива (чл. 67 ЗН),
– потрђивање одлуке органа управљања (чл. 69 ЗН); издавање протеста у меницама и чековним пословима (чл. 70 ЗН); попис и процена имовине и осигурање некретнина (чл. 71 ЗН),
– констатовање других чињеница као што су: упознавање других страна са опоменом, отказивањем (поништењем), понудом или са другом изјавом коју даје странка са намером постизања каквог правног ефекта, упознавање са понудом плаћања, преузимање или испорука исправа или других ствари, чињеница које су у вези са дражбом (аукцијом), жребањем и условима, које је спровео нотар сам или уз помоћ експерта (чл. 68 ЗН).

2.4. Преузимање исправа, новца и вредносних папира на чување

Нотари, као лица од јавног поверења, преузимају исправе, новац и хартије од вредности на чување, за изручење трећим лицима или државним органима. По налогу суда обављају одређене послове који им се по закону могу препустити. Нотар је дужан преузети на чување исправе сваке врсте и издати странки потврду о преузимању. ЗН налаже нотару дужност да утврди идентитет лица којој предаје преузету исправу, у складу са чл. 39 ЗН, док прималац у тренутку пријема мора потврдити пријем исправе у записник о преузимању. Наведено без сумње обезбеђује потребну ваљаност и поузданост при доказивању садржаја и опсега правнопословних односа.

Из наслова би се евентуално могло закључити да нотари имају овлашћење за чување новца попут банака или других финансијских установа. Међутим, у овом контексту њихово овлашћење је веома ограничено, на тај начин да смеју преузети новац и вредносне папире само ако су им предани с наменом да их изруче одређеном лицу или државном органу (чл. 88 ЗН). На овај начин нотар обавља функцију тренутног (привременог) судског депозита. За сада је одлучено да поступак за судски депозит остане у оквиру ванпарничног поступка при суду, међутим ово подручје, у истој мери успешно би могли покривати нотари, са свим ефектима који се на њега односе.[22]

На овом месту потребно је још истакнути да је чување исправа и вођење књига стриктно прописана метода пословања, у циљу заштите исправа од губитка или уништења и да би их било могуће увек користити за потребе за које су биле издате. Закон у вези с тим садржи само основне одредбе или норме општег карактера, које прецизно конкретизују подзаконски прописи (чл. 95 ЗН). Нотар мора ис-

[22] Вид. V. Rijavec, (1993), 8 итд.

праве које је сам саставио или их је преузео од странака или му их је поверила Нотарска комора Словеније, чувати уредно по редоследу уписа у пословне књиге, на сигурном месту у својим пословним просторијама, с тим што може да их чува и у сефу банке, одвојено од других списа. У случају када у састављању исправе суделују два или више нотара, њу мора чувати онај нотар који ју је печатирао (тј. чији је печат, чл. 30, ст. 2 ЗН). Најзад, треба истаћи дужност нотара да, након што је постао свестан да је лице чији је тестамент међу његовим списима умрло или је проглашено за умрло, пошаље суду надлежном за оставински поступак изворник завештања или нотарски запис о подношењу писаног тестамента и о томе сачини напомену у спису где је био чуван изворник.

2.5. Заступање странака и састављање приватних исправа

По ЗН нотар у Словенији сме заступати странке као опуномоћник (овлашћеник) у случајевима који су у непосредној вези са неком нотарском исправом која је састављена код њега (чл. 5, ст. 1 ЗН). У томе ће имати једнака права и дужности, али и одговорност адвоката. Међутим, неће бити дозвољено да заступа странке у поступку у којем се у целости или у делу побија (оспорава) исправа, правни посао или друге радње у којима је суделовао као нотар (чл. 5 ЗН). По аустријском законодавству нотар има шире право заступања странака у свим случајевима где не постоји обавеза заступања од стране адвоката. Може да заступа странку и у извршном поступку (чл. 5, ст. 2 аустријског Закона о нотарима).[23] У Словенији заступање у извршном поступку није могуће, јер би се нотар морао ставити на страну повериоца и захтевати спровођење извршења на основу своје исправе против друге стране. Улога нотара у извршном поступку је ипак важна, јер је нотарска исправа под условима из чл. 4 ЗН извршни наслов.

На подручју где нотарска функција има првенствено за циљ спречавање будућег кршење права, такође је правило да нотар сме заступати странке и тако до краја одиграти своју улогу у превентивном пружању правне сигурности. Међутим, нотар мора такво заступање одбити уколико се остали учесници налазе у положају да су им интереси међусобно супротстављени. Нотар мора константно улагати напор да буде непристрасан и мора се уздржати од праксе која би довела до појаве сумње у то да је непристрасни саветник свих учесника.[24]

---

23 Notarski red Notariatsordnung, RGBI. br. 75/ 1871 са изменама (последња измена BGBI. I br. 141/2009)

24 G. H. Langhein, „L‘ intervention du notaire dans le carde da la juridiction non contentieuse (volontaire)“, *Theme* I, 20 *e Congres de l'Union Internationale du Notariat Latin*, Rapports officiels, Editions Socapress, Perpignan 1992, 44.

Нотар може такође да саставља приватне исправе. У таквим случајевима има положај адвоката.

2.6. Фидуцијарни правни послови

Нотарски фидуцијарни правни послови су правни послови које странке закључују са нотаром да би он, као лице од јавног поверења, преузео на себе чување исправа, ствари са имовинском вредношћу, новца, права и других предмета, и да би са њима управљао у складу са закљученим правним послом.[25]

Нотарски фидуцијарни правни послови обухватају договор о томе како нотар треба да поступи са предметом чувања и какву улогу има при обављању договореног правног посла. Упуства за то може добити од стране странака, али и од учесника основног правног посла, па нотар као трећа непристрасна особа на коју се ослањају и којој верују (уосталом, изворно значење појма *fiducia* у римском праву је поверење), сви учесници правног посла обавља одговарајући правни посао. Нотарски фидуцијарни правни послови нису законски регулисани (то су тзв. иноминатни правни послови, тј. неименовани правни послови), већ се заснивају на уговорној слободи странака.[26]

2.7. Нотар – медијатор[27]

Нотар је веома примерен за посредника – медијатора[28] између супротстављених странака, јер им може као непристрасни правни стручњак и лице од јавног поверења објаснити њихове правне могућности.

[25] A. Ratnik, *Notarski fiduciarni poslovi*, GV Založba, Ljubljana 2006, 15.

[26] A. Ratnik, 15 16.

[27] У склопу овог поглавља има смисла упозорити на недавно усвојен Закон о алтернативном решавању судских спорова (ЗАРСС), *Službeni glasnik RS*, br. 97/2009). Иако се у њему не налазе изричите законске одредбе које би налагале нотару дужност (обавезу) медијатора, већ се таква дужност намеће само суду, адвокатима и странкама у парници, да дају прилику алтернативном поступку решавања спора, било арбитражи, медијацији или другом одговарајућем поступку, не може се искључити могућност да важну улогу у том смеру могу одиграти нотари као лица од јавног поверења

[28] Као илустрацију наводимо број медијатора у Окружном суду у Љубљани. На листи медијатора тог суда у првој половини 2008. године било их је 125, а од тога скоро половина активних. Статус медијатора могу, у складу са захтевима програма повезане (придружене) медијације, у Словенији добити само правници, док за комедијаторе (комедијација је редовна пракса у породичним питањима, по потреби се спроведи и на неком другом месту) то није услов. Већина активних медијатора су адвокати, следе пензионисане судије и правници, запослени у привреди, неки нотари и судије (њихов број је од почетка спровођења програма, кад су били у већини, значајно смањен). Комедијатори су психолози, социјални радници и други неправници. Вид. N. Betetto, „Tendencije razvoja sudu pridružene medijacije u Sloveni ji“, *Pravna praksa* 20/2008, 8.

Поступак медијације се спроводи да би странке саме нашле решење. Нотар не може (или не сме) одлучити уместо њих. Ако се странке уз помоћ нотара споразумеју (пронађу решење), нотар у складу са вољом странака пише споразум (поравнање) као приватну исправу, као уобичајен или као непосредно извршан нотарски запис. Исправа је редован резултат рада нотара. У поступку посредовања (медијације) неће увек доћи до споразума – исправе о поравнању. Могуће је, такође, и да нотар састави само нотарски записник, којим потврђује чињенице о догађању пред њим које су повезане на неким правима. Понекад ће странке само саслушати савет нотара, а затим ће се саме побринути за договорено решење, на пример, повлачење уложене тужбе. Наравно, медијација не мора довести до тога да стране пронађу одговарајуће решење. Нотар може у таквом случају, на предлог странака, саставити нотарски записник о догађању пред њим (потрђивање чињеница са којима су повезана нека права), што може представљати помоћ при решавању спора у потенцијалном поступку пред надлежним судом.

3. УЛОГА НОТАРА У МЕЂУНАРОДНИМ ОДНОСИМА

Међународни промет и растуће међународно повезивање знатно су допринели међународном развоју нотаријата. Међународни промет са нотарским исправама постаје свакодневница и тиме се служби нотаријата отварају потпуно нове могућности.

Словеначки закон прописује да стране јавне исправе, које су прописно оверене, под условом узајамности имају једнаку доказну моћ (представљају једнако доказно средство) као домаће јавне исправе, наравно уколико међународним уговором није прописано нешто друго (чл. 231 ЗПП). Под условом узајамности нотарска исправа издата у страној држави у Републици Словенији има једнаку правну ваљаност као нотарска исправа издата по ЗН (чл. 7, ст. 1 ЗН). У међународном промету, поред тога, није потребно оверити исправу, уколико постоје посебни међународни споразуми обавезујући за Словенију са појединачним државама или њиховим унутрашњим прописима, на основу којих исправе без овере (верификације) имају исте ефекте (вредност) као домаће исправе.[29]

Нотаријат има посебно место и у правним системима других држава ЕУ, што је такође посебан израз интернационалне природе нотаријата и паралелне тенденције да се уреде начела слободног кретања радне снаге, по којима за занимање нотара важе посебна правила преласка међу државама чланицама, уколико се не од-

[29] Вид. V. Rijavec, (2001), XI.

носи на извршавање послова из државне сфере и у улози судског пуномоћника.[30] У свим државама чланицама ЕУ које познају институт нотаријата латинског типа, нотари су лица од јавног поверења које имају посебна овлашћења, којима је држава пренела извршавање одређених задатака из делокруга своје надлежности. Такве надлежности нотара су ограничене на националну територију, при чему овлашћења за извршење послова из сфере државног деловања представљају препреку за планирану хармонизацију нотарског права у ЕУ.[31] Међутим, опште је прихваћено мишљење да је потребно да се пронађе могућност за успостављање јединствених правила за рад нотара унутар ЕУ и за потребу даљег развијања те институције која пружа повећани степен правне безбедности у грађанско правном промету када су учесници правног посла из различитих држава.[32]

За развој нотаријата у оквиру ЕУ од посебног значаја је Уредба 44/2001 о судској надлежности, признању и извршењу пресуда (судских одлука) у грађанским и привредним стварима[33] и Уредба 805/2004 о успостављању европског налога за извршење неоспорних захтева,[34] који омогућава извршење захтева који произилазе из непосредно извршних нотарских записа.

Нотара у свим државама чланицама ЕУ одликује његова посебна оспособљеност. Свуда се захтева универзитетско (факултетско) образовање правне струке и положен стручни испит. Нотаријат даље карактерише строго регулисање дужности нотарске професије – свака држава у сфери у којој је именовање нотара и контрола над њим обезбеђује и одговарајуће механизме за поштовање тих правила, како би странке могле у пословању са нотаром, као лицем од јавног поверења, захтевати накнаду за кршење нотарских дужности.[35]

Но, ваља напоменути да словеначки Закон о међународном приватном праву и поступку[36] (ЗМЗПП) занемарује нотарски запис и прописује само услове за признање одлуке суда (пресуде) страног суда.[37] Страни нотарски запис тако није могуће признати на основу

---

[30] Поближе о томе с упоредноправним приказом: Predlog Zakona o imenama i dopunama zakona o notariatu (ZN E9), prvo čitanje EPA 981 IV, Izvestilac Državnog zbora Republike Slovenije, god. XXXII, br. 78, 21.07.2006, 3.

[31] Вид. V. Rijavec,"Uporednopravni pregled različitih formi notarijata u svetu", *Pravnik* 11 12/1996, 640 и сл.

[32] Predlog ZN E (EPA 981 IV), Izvestilac Državnog zbora RS, 3.

[33] *Službeni glasnik EU* L 012, 16.01.2001.

[34] *Službeni glasnik EU* L 143, 30.04.2004

[35] Sažeto po Predlogu ZN E (EPA 981 IV), Izvestilac Državnog zbora RS, str.3

[36] *Službeni glasnik RS*, br, 56/1999.

[37] Више о томе V. Rijavec, *Građansko izvršno pravo*, GV založba, Ljubljana 2003, 127 итд.

одредби ЗМЗПП, него се његова непосредна извршност омогућава на основу изричите одредбе чл. 7, ст. 2 ЗН, и то под следећим условима:

– да постоји узајамност,
– да се односи на права која нису у супротности са јавним поретком РС,
– да садржи све елементе, који су услов за извршност по ЗН.

4. НОТАРИЈАТ И ЗАКОН О ПРИВРЕДНИМ ДРУШТВИМА

Због коренитих промена на подручју организације привредних субјеката, састављачи ЗГД–1 су сматрали да би могли да следе пример страног законодавства и да при формирању и најважнијим активностима функционисања привредних друштава суделује нека непристрасна особа.[38] Решење је понудио институт нотара, јер је нотар, као лице од јавног поверења и правни стручњак и који подлеже законом регулисаном државном надзору, најпогоднији за спречавање правних неправилности које у пословном свету могу довести до знатне (економске) штете. Нотар мора, као у погледу свих нотарских послова, свој рад обављати непристрасно, мора се залагати за тачност и истинитост и подједнако штитити интересе како великих тако и малих акционара. Суделовање нотара при закључивању неких (организацијских) правних послова, појавних облика привредних друштава, од велике је важности. Ово последње је посебно видљиво у случају акционарског друштва, где је нотарово суделовање у настанку и наставку рада друштва заправо неопходно. ЗГД–1 у оквиру одредби о статуту акционарског друштва најпре прописује да статут мора бити састављен у облику нотарског записа, а затим одређује садржај статута (чл. 183, ст. 1 ЗГД–1). Исто се односи и на уговор о оснивању, за који закон прописује да мора бити закључен у писаној форми, али закон може за поједине врсте уговора прописати да морају бити закључени у облику нотарског записа (чл. 188, ст. 2 ЗГД–1). Велика важност суделовања нотара на почетку рада акционарског друштва је јасно видљива из одредбе чл. 216, ст. 3 ЗГД–1, који прописује да оснивачку скупштину треба да отвори нотар који је позван од стране оснивача. Нотар мора саставити списак присутних уписника и стицалаца (преузимача) акција или њихових заступника и утврдити да ли су испуњени услови из претходног става. Ако услов чл. 216 ЗГД–1 није задовољен, последица је да неће доћи до правно ваљаног оснивања друштва. Рад нотара се не окончава отварањем

[38] Вид. такође M. Kunšek, „Sa izmenama ZGD 1 do veće transparetnosti poslo vanja", *Pravna praksa* 30/2008, 15 итд.

скупштине, већ он преузима и улогу вођења записника скупштине (чл. 217, ст. 2 ЗГД–1).[39]

Осим тога, нотар је овлашћен да потврди закључке са скупштине (чл. 304, ст. 1 ЗГД–1), а његов нотарско оверен препис и анекс (прилог) управа мора, у року од 24 сата по окончању скупштине, послати судском регистру (чл. 304, ст. 5 ЗГД–1). Правно релевантни су првенствено они закључци које је председавајући скупштине прогласио за усвојене и које је нотар потврдио. Као такви сматрају се закључцима скупштине, без обзира на то да ли су нетачни или на било који начин правно мањкави.[40]

Пословодство (управа) такође мора пријавити измену статута за упис у регистар, која мора да буде праћена пречишћеним текстом статута и нотарском потврдом да се измењене одредбе статута подударају са одлуком о измени статута (чл. 332, ст. 1, ЗГД–1).

Такође, треба нагласити и функцију нотара при престанку друштва по скраћеном поступку без ликвидације, када сви деоничари предложе органу надлежном за регистар брисање друштва из регистра без ликвидације и уз овај предлог приложе одлуку о престанку по скраћеном поступку и нотарски оверену изјаву свих деоничара да су исплатили све обавезе друштва, затим да су регулисани сви односи са запосленима и да преузимају обавезу плаћања потенцијалних преосталих обавеза друштва (чл. 425, ст. 1 ЗГД–1).

5. УЛОГА НОТАРА У ВАНПАРНИЧНИМ СЛУЧАЈЕВИМА

Усвајањем ЗН у надлежност нотара пренесено је састављање (нотарских) исправа (чл. 39 и даље), оверавање исправа, уколико закон не предвиђа надлежност државног органа или другог службеног лица (чл. 60 и даље) и пријем исправа, новца и вредносних папира на чување (чл. 87 и даље). Ти поступци су, пре увођења нотаријата, поред осталих питања, били уређени у Закону о ванпарничном поступку[41] (даље: ЗНП). Нотари обављају послове са исправама као слободну професију и стога се правила судског поступка по ЗНП не примењују.[42]

У ванпарничним поступцима често је у првом плану превентивна компонента правне сигурности. Процедурални захтеви у ван-

[39] Више о томе V. Rijavec, (1998), IV итд.

[40] Вид. Š. Ivanjko, M. Kocbek, *Korporacijsko pravo, pravni položaj privrednih subjekata*, GV založba, Ljubljana 2003, 684, 689.

[41] *Službeni glasnik RS*, br. 30/1986 (20/1988 popr.).

[42] A. Berden, M. Juhart, T. Kereteš, R. Vrenčur, V. Rijavec, M. Tratnik, U. Mikl, *Zemljišnoknjižno pravo, Zbirka Codex iuris: izabrana poglavlja*, Maribor 2002, 62.

парничним поступцима нису тако строги и зависност од процедуралних правила је још лабавија.[43] Због тога је ово подручје погодно за решавање питања без суделовања суда. Потребно је утврдити које послове суд може пренети на решавање другим органима, без правних последица по правну сигурност, који би онда омогућили растерећење рада судова. Нотари, као лица од јавног поверења, који извршавају такође јавна овлашћења, посебно су примерени и погодни за обављање надлежности са подручја ванпарничног поступка, јер је њихов примарни циљ, такође, спречавање будућих спорова.

Тако је с увођењем нотаријата на нотаре пренет претежни део послова с исправама. ЗН је на тај начин дерогирао неке чланове Закона о овери потписа, писма и преписа[44] на подручју Закона о наслеђивању[45] (даље: ЗД), затим оне чланове који се односе судску оверу при уступању и расподели имовине за живота, уговор о доживотном издржавању, при одрицању од неотвореног наслеђивања, на подручју породичног права, чланове Закона о браку и породичним односима [46] (даље: ЗЗЗДР) који се односе на споразум о подели заједничке имовине и на правне послове између супружника. ЗНП у 16. поглављу такође уређује поступак за састављање исправа, али домет тих одредби након усвајања ЗН прилично ограничен.

Улога нотара при подели ствари заједничке имовине је у састављању уговора за поделу заједничке имовине између супружника која мора бити у облику нотарског записа да би била правно ваљана. У истоименом поступку нотар странке вероватно не треба заступати по овлашћењу, јер су интереси супружника најчешће супротни. Посредовање нотара при уређењу имовинских односа међу супружницима могло би значајно да допринесе смањењу случајева у којима је неопходан ванпарнични поступак или чак тужба (парница). Нотарски запис о подели заједничке имовине након развода може бити извршни наслов и тако отпада парница. Споразумни развод брака још увек се решава пред парничним судом, али разматра се предлог да се и то препусти нотарима.[47] Међутим, с друге стране, у

[43] Вид. H. Dolinar, *Osterreichisches Auserstreitverfahrensrecht, Allgemeiner Teil*, Springer Verlag, New York 1982.

[44] Zakon o overitvi podpisov, pisanj in prepisov Zakona o overi potpisa, pisma i prepisa, *Službeni glasnik SRS*, br. 29/1972.

[45] Zakon o dedovanju Zakon o nasleđivanju, *Službeni glasnik SRS*, br . 15/1976, последња измена *Službeni glasnik RS*, br. 67/2001.

[46] Zakon o zakonski zvezi in družinskih razmerjih Zakon o bračnim i porodičnim odnosima, *Službeni glasnik RS*, br. 15/1976, последња измена *Službeni glasnik RS*, br. 16/2004 (последњи званични пречишћени текст *Službeni glasnik RS*, br. 69/2004 UPB1).

[47] Вид. Predlog Porodičnog zakonika (DZ) prvo čitanje (obravnava) EPA 817 V, Izvestilac Državnog zbora Republike Slovenije, XXXV god., br. 168, 23.12.2009, 13.

Немачкој, као и у Аустрији, споразумни развод се решава у ванпарничном поступку.[48]

Ванпарнични судски поступак за чување исправа и за судски депозит је сада у сенци нотарске надлежности, јер је чување исправа један од главних послова, као и чување новца и вредносних папира. Судски поступак је још увек могућ, али ће бити много мање потребе за њим. Предлаже се и давање једнаког дејства за нотарски депозит, као да је судски. Судски депозит под испуњеним условима, као облик правилног извршења, наиме води престанку обавезе. Иако полагање депозита код нотара нема последице као судски депозит у смислу доказа, он представља важан ресурс за безбедност у правном промету. Нотар ће ову могућност моћи да допуни са заступањем странке у поступку судског депозита.

Нотар преузима на чување исправе сваке врсте. Готовину (страну и домаћу валуту), менице, чекове и друге вредносне папире дужан је преузети само ако су му у састављању нотарског записа или записника предати с наменом да их изручи одређеном лицу или државном органу. Као мера осигурања заоставштине која долази после одлуке суда надлежног за оставински поступак у преузимању одговарајућих оставинских исправа, новца, вредносних папира или драгоцености. У судски депозит суд узима новац, племените метале и производе настале од њих, као и вредносне папире који се могу уновчити, ако је тако прописано посебним прописом. Суд мора преузети у депозит и друге предмете када је законом одређено да дужник може предмет своје обавезе положити при суду.

За заштиту односа приватног права важну улогу имају јавне књиге као што су пословни регистар, земљишна књига, катастар, регистар патента, тестамената, итд. У одређеним случајевима предвиђени су такође приватни регистри, као што је књига акција. Упис у ову књигу је доказ о улози акционара. Нотари у вези са регистрима могу бити ефикасни на више начина: при прибављању и потврђивању или оверавању исправа потребних за упис, затим при потврђивању чињеница које произилазе из књига и које је нотар сам утврдио и потврдио њихову истинистост и тачност.

Рачунарски извод из аутоматизиране земљишне књиге и регистра предузећа представља јавну исправу. Нотар има слободан приступ информацијама у регистрима преко свог терминала.

У складу с прописима о старатељству и прописима о нотаријату, нотар може као лице од јавног поверења бити именован и за старатеља пословно неспособног лица, несталих лица, али такође

[48] G. H. Langhein, 52.

може бити именован као колизијски старатељ или као старатељ за малолетно лице.

У поступку проглашења нестале особе за умрлу, нотар је понекад упућен да, у вези с тестаментом састављеним пред њим, заступа наследнике и улаже предлог по чл. 83 ЗНП.

Међу друге послове нотара који нису потпуно непосредно с подручја ванпарничног права, поред фидуцијарних правних послова, спада такође материја старатељских случајева, управљања имовином, послови извршитеља тестамента, старатеља заоставштине и слично.

5.1. Земљишнокњижни поступци

Уписе у јавне књиге с подручја грађанског права предлаже нотар, при чему за потребе електронског састављања исправа из чл. 2 мора обезбедити сигуран електронски потпис као нотарски електронски потпис, оверен квалификованом потврдом (одобрење) у складу са чл. 38, ст. 3 ЗН. За пренос стварних права на подручју непокретности неопходни су правни посао којим се располаже (земљишнокњижна дозвола или интабулацијска клаузула) и начин стицања (упис у земљишне књиге или интабулација).[49] Други има у погледу стварних права на непокретности конститутиван ефекат при укњижби. Уколико је правни основ за стицање стварног права закон, одлука државног органа или наслеђивање, право се стиче у тренутку наступања правних чињеница и упис у земљишне књиге је само публицитетно-декларатoрне природе.[50]

Због појачања ажурности земљишних књига повећан је такође и обим овлашћења нотара. Закон о земљишни књизи (ЗЗК–1А)[51] прописује да се земљишнокњижни захтев може уложити у електронском облику, ако га у име подносиоца који има право уложи нотар. При улагању земљишнокњижних захтева у електронском облику у име овлашћеног подносиоца, нотар мора конвертовати у електронски облик исправе које је по чл. 142 ЗЗК–1А треба приложити уз земљишно књижни захтев које нису састављене у електронском облику.

Земљишнокњижни захтев је уложен при суду надлежном за укњижбу када нотар електронским путем прими потврду информацијског система земљишнокњижног суда о пријему земљишнокњижног

---

[49] Вид. R. Vrenčur, A. Berden, M. Tratnik, R. Vrenčur, V. Rijavec, T. Frantar, T. Keresteš, M. Juhart, *Novo stvarno pravo*, Zavod Codex Iuris, Maribor 2002, 67 70.

[50] A. Berden, M. Juhart, T. Kereteš, R. Vrenčur, V. Rijavec, M. Tratnik, U. Mikl, 14 27.

[51] Zakon o zemljiški knjigi Zakon o zemljišnoj knjizi, *Službeni glasnik RS*, br. 58/2003, последња измена *Službeni glasnik RS*, br. 28/2009.

захтева у електронском облику. Послата електронска порука је при том једнака пријему. Нотар је дужан да, након оверавања потписа на земљишнокњижној дозволи, поднесе предлог за упис у земљишну књигу и то без одлагања у складу са чл. 142, ст. 3 Законика о стварним правима[52] (СПЗ).

5.2. Наследни послови

На подручју наследног права суделовање нотара је предвиђено за:

- састављање нотарских записа о тестаменту (чл. 46 ЗН);
- састављање договора о одрицању од неотвореног наслеђа (чл. 3, ст. 1 ЗН) („odpoved neuvedenemu dedovanju" – у словеначком праву);
- састављање наследничких изјава (сходна употреба чл. 49 ЗН);
- попис и процену имовине завештаоца;
- пријем и чување имовине завештаоца или њеног дела, ако ради осигурања тако одреди суд надлежан за наслеђивање. Извршење ових радњи обавља нотар по одредбама ЗД;[53]
- нотар може бити старатељ заоставштине (чл. 71, ст. 3 ЗН).

Имајући у виду досадашња овлашћења нотара и припрему предлога новог закона који је у часу писања овог доприноса, у фази међуресорног и струковног усклађивања, чијим би се усвајањем у Државном збору променила трећа новела ЗД.

У току је разматрање предлога за нови режим којим се предвиђа знатно проширење надлежности нотара у поступку наслеђивања, чему овде ваља посветити додатну пажњу. При том потребно је истакнути да је идеја у том правцу већ постојала у прошлости и да је била предмет расправе.[54] Предлог Закона о измени и допуни Закона о наслеђивању[55] (даље: предлог ЗД) тако предвиђа да ће нотар да започне с поступком уређења наследничких питања по пријему смртовнице или предлога уложеног од особе која је позвана на наслеђивање.

С поступком уређивања оставинског питања започео би нотар, који би на крају издао нотарски запис о наслађивању. Запис би тре-

[52] Stvarnopravni zakonik Zakonik o stvarnim pravima, *Službeni glasnik RS*, br. 87/2002.

[53] Вид. чл. 71. у вези са чл. 2 ЗН.

[54] Вид. V. Rijavec, „Nasledni poslovi prenos nadležnosti na notare", *Pravna praksa* 13/2000, I XII.

[55] EVA: 2007 2011 0005; текст предлога закона је доступан на званичној веб страници Министарства за правосуђе РС: *http://www.mp.gov.si/fileadmin/mp.gov.si/pageuploads/2005/PDF/zakonaja/091202 dedovanje medresorsko.pdf*

бало да обухвати све елементе које чл. 214 ЗД прописује као обавезне елементе одлуке о наслеђивању. Такав нотарски запис има исте последице као досадашња одлука о наслеђивању. По правоснажности нотарског записа о наслеђивању, нотар би предлагао његово увођење у земљишну књигу, а суд ће, као и раније, извршити упис по службеној дужности у складу чл. 40, ст. 1, тач. 6 ЗЗК–1.[56]

Матичар ће у року од 30 дана од уписа смрти у матичну књигу умрлих смртовницу послати непосредно Комори нотара, која ће је по правилима из чл. 227 б ЗД проследити надлежном нотару. Нотар ће затим морати у року од 15 дана позвати странке да поднесу исправе које су од значаја за утврђивање чињеница релевантних за решавање оставинског питања. Изузетак су само оне исправе које нотар може прибавити из званичних евиденција (чл. 227 h, ст. 3 предлога ЗД). Нотар ће такође морати да претражи могућност постојања тестамента.

Предлог ЗД нотара овлашћује да странкама помогне при закључивању споразума о наслеђивању који има ефекат нотарског поравнања по чл. 4 ЗН (реч је о закључивању споразума о наслеђивању у најширем смислу, о правима с којима странке могу слободно располагати у форми и с ефектима нотарског записа). Досад је суд у одлуци о наслеђивању претпостављао да је споразум о наслеђивању закључен као судско поравнање, а предлог закона предвиђа да би нотар у нотарски запис о наслеђивању преузео нотарско поравнање, које нема ефекат правоснажности, већ ефекат извршности, ако се лице које се обавезало с тим сагласило. За упис договора о подели заоставштине у земљишну књигу нотарско поравнање мора садржати земљишно књижну дозволу. Против овог споразума жалба није дозвољена.

Ако између странака не буде договора о наслеђивању, нотар ће у нотарском запису о наслеђивању забележити ко су наследници, какви су наследни делови и друго. У вези с ефектима нотарског записа о наслеђивању сходно се примењује одредба која обавезује странке које су суделовале у оставинском поступку да, уколико им нису призната права, могу своје захтеве бранити у парници. За нотарски поступак ће такође важити посебно уређење за наслеђивање пољопривредног добра по Закону о наслеђивању пољопривредних добара. [57]

---

[56] Вид. G. Zalaznik, „Urеđenje naslednih poslova po novom pri notaru“, *Pravna praksa* 49 50/2009, 50

[57] Наведено према: Predlog Zakona o izmenama i dopunama Zakona o dedovanju prvo čitanje, EVA: 2007 2011 0005; текст предлога закона је доступан на званичној веб страници Министарства за правосуђе РС: *http://www.mp.gov.si/fileadmin/mp.gov.si/pageuploads/2005/PDF/zakonaja/091202 deovanje medresorsko.pdf* (10.01.2009).

5.2.1. Тестаменти

Нотарски тестамент је као редован и јавни тестамент с ефектом судског тестамента уређен у ЗН у два облика.[58] Први је тестамент који у форми нотарског записа састави нотар након усмене изјаве завештаоца, а други је онај који у форми написане изјаве последње воље завештаоц подноси нотару на потврђивање (чл. 46, ст. 1 ЗН). Код оба облика нотарског тестамента потребна су и два сведока.

5.2.2. Централни регистар тестамената

Централни регистар тестамената[59] по одредбама ЗН води Нотарска комора Словеније као компјутеризовану базу података (чл. 108а ЗН). Она садржи податке о тестаментима састављеним у форми нотарског записа, тестаментима који су чувају код нотара, тестаментима које је саставио адвокат или су му додељени на чување, судским тестаментима и тестамента изручених суду на чување на основу одредби закона који уређује наслеђивање. Само пословање у вези с доступношћу и приступом корисника Централном регистру тестамената, као и више специфичних одредби о поступку у вези са уписом и увидом у регистар, те обавезама предлагача, детаљније је уређено са посебним подзаконским прописом.[60]

Упис у централни регистар тестамената се обавља уз суделовање Нотарске коморе Словеније, на захтев нотара, суда или адвоката, онда када је сваки од наведених, у складу са одредбама ЗД, саставио тестамент или га је примио на чување. Подаци уписани у регистар се чувају трајно. [61]

У складу са ЗН упис у регистар за живота завештаоца представља тајну. То не значи да након смрти завештаоца упис просто постане доступан за јавност, већ у смислу правног значаја (правног схватања) тестамента, да омогући само суду, који води оставински поступак и особи која покаже оправдан правни интерес, да добије податке из централног регистра. Регистар тестамента је организован према најпоузданијим информатичким мерама сигурности за заштиту података.[62]

---

58 K. Zupančič, V. Žnidaršič Skubic, *Nasledno pravo*, Službeni glasnik RS, Lju bljana 2009^3, 113.

59 „Centralni register oporok" у словеначком праву.

60 Вид. Pravilnik o centralnom registru oporok, *Službeni glasnik RS*, br. 2/2007, последња измена *Službeni glasnik RS*, br. 37/2009.

61 Вид. K. Zupančić, V. Žnidaršič Skubic, 267 279.

62 Вид. M. Tičar Bešter, „Centralni register oporok", *Preduzeće i delo* 7/2008, 1561.

6. ЗАКЉУЧАК

Потреба за нотаријатом као посебном институцијом појавила се у прошлости и у бројним државама света је чврсто уграђена у њихове правне системе. Институт нотаријата омогућава странкама да обезбеде својим правним пословима и изјавама већу снагу договора, што такође омогућава лакше доказивање, и коначно омогућава спречавање нејасних и недопуштених договора. Састављање исправа и веродостојно бележење правних послова је изворни задатак нотара, али временом је нотаријат добијао све већа овлашћења и задатке, а да је при том заправо своју суштину задржао до данас.

Нотару је зарад поверених послова законом признато посебно поверење, због чега нотари морају све време улагати посебан напор да својим професионалним и личним угледом учвршћују поверење јавности. Уз суделовање нотара издати писани документи добијају значај јавне исправе, услед чега се не може говорити да је нотар само сведок изјаве воље, већ да својим суделовањем помаже при обликовању садржине изјаве у исправи. Зарад веће правне сигурности законодавац је за неке правне послове посебно прописао облик нотарског записа, који је понекад проширен могућношћу непосредне извршности, док у одређеним случајевима он има конститутивни учинак, те без нотарског учешћа правни посао није могуће закључити.

Узимајући у обзир све наведено, значај нотарских исправа у вези са деловањем привредних друштава, са земљишним књигама, извршним поступком и другим поступцима, предвиђене измене словеначког наследноправног законодавства и коначно валидност домаћих нотарских исправа у међународном простору, јасно је да се нотаријат чврсто усидрио у словеначком правном поретку као веома корисна институција, упркос томе што не постоји толико дуго колико у неким другим европским државама.

Dr. Vesna Rijavec

Professor
University of Maribor Faculty of Law

THE ROLE OF CIVIL-LAW NOTARIES IN SLOVENIAN LAW

Summary

The author offers a comprehensive overview of the role of Civil-law notary, or Latin notary, in the Republic of Slovenia. The Civil-law notary is a legal adviser and a person of public confidence; a lawyer of private civil law, who is vested as public officer with the authentication power of the State, to draft, take, and record legal instruments for private parties and provide legal advice. The author examines the main two types of documents prepared by the notaries: certificates of facts and notarial deeds. In addition to being able to provide legal advice and prepare instruments with legal effect, the Latin notary may keep the archives and deposits of money and documents for the purposes of handing them to a third party, and represent a client in civil and administrative proceedings pertaining to the instruments he had prepared. Although it was introduced before fifteen years only, the author concludes that the Civil-law notary appears as a very useful institution in Slovenian legal system, and announces its further growth, particularly in inheritance law.

Key words: *Notary chamber. – Notarial deed. – Enforcement title. – Law of inheritance. – Non-contentious civil proceedings.*

УДК 347.736(497.11)

Др Небојша Јовановић

редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

СТЕЧАЈНА НАЦИОНАЛИЗАЦИЈА (КОНФИСКАЦИЈА) У СРБИЈИ[1]

У чланку се указује на две врсте стечаја у којим се имовина стечајног дужника у Србији одузима у корист државе. Прва врста је стечај недовољне вредности, а друга стечај дуготрајно инсолвентног дужника. Како је Уста вом Србије из 2006. године допуштено одузимање имовине само у јавном ин тересу, и то уз накнаду њеном имаоцу, писац разматра уставност правила Закона о стечају из 2009. године којим се имовина стечајног дужника прогла шава државном. Закључује се да је реч у суштини о национализацији, па чак и конфискацији, која је противна Уставу. У чланку се даје приказ упоредноправ них решења стечаја недовољне вредности, разматрају се узроци неуставно сти у Закону о стечају и њене могуће последице, а предлажу се и одговарајућа решења за њено отклањање.

Кључне речи: *Стечај. Национализација. Неуставност.*

1. УВОД

Национализација, као мера економске политике, може да буде подстакнута различитим мотивима и да има различите облике, домашаје и последице. У Србији је спровођена више пута из различитих разлога. Већ је Краљевина Југославија тридесетих година двадесетог века спровела национализацију великих земљишних поседа у оквиру преуређења пољопривреде (тзв. аграрне реформе). Тада су смањени претерано велики земљишни поседи њиховим имаоцима на прописани максимум, и то уз накнаду, а одузети вишак је подељен сељацима безмљашима и ситноземљашима или је постао државна

* Чланак је настао у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Београду „Развој правног система Србије и хармонизација с правом ЕУ (правни, економски, политички и социолошки аспекти)“.

својина државним пољопривредним добрима. Установљавајући нови поредак комунисти су спровели знатно обимнију национализацију четрдесетих и педесетих година у оквиру социјалистичке Југославије. Она је захватила не само пољопривредно земљиште, него и шуме и шумско земљиште, зграде и грађевинско земљишите, као и фабрике (компаније, предузећа).[1] За разлику од национализације у Краљевини, која је имала социјалне и економске циљеве, ова „социјалистичка" национализација, која се одвијала у више таласа, била је идеолошки обојена и имала је за циљ свргавање са власти дотадашњих владалаца. Њом је створен монопол државне (друштвене) својине на средствима за производњу, као економска основа за владавину комунистичке бирократије као нове владајуће класе. Данас се у Србији јавља још једна врста национализације, можда и конфискације, и то у стечају, те се може назвати стечајном национализацијом. Она је заснована на Закону о стечају из 2009. године.[2] Тај закон уводи у стечајни систем низ новина, од којих је једна од занимљивијих одузимање имовине стечајног дужника у корист државе. Она се јавља у две врсте стечаја, од којих је прва, стечај недовољне вредности, а друга, стечај због дуготрајне инсолвентности дужника. Без обзира на економске разлоге који су вероватно мотивисали законодавца да предвиди државно присвајање дужникове имовине, свакако да је њена уставност крајње спорна.

2. СТЕЧАЈ НЕДОВОЉНЕ ВРЕДНОСТИ

Стечај недовољне вредности је врста стечаја у којој је имовина стечајног дужника ниже вредности од трошкова стечајног поступка или је иначе незнатне вредности, тако да се не исплати његово вођење, јер је прескупо. Тада се сматра да није испуњен један од услова за вођење стечајног поступка, а то је довољност имовине за покриће бар трошкова који ће настати његовим вођењем.[3] Уобичајено

[1] Р. Јелић, *Експропријација*, Интермекс, Београд 2009, 22; О. Станковић, М. Орлић, *Стварно право*, Савремена администрација, Београд 1989, 97 102; Р. Јаковљевић, „Конфискација и национализација као елементи социјалистичког прав ног поретка", *Правни живот* 10/2002, 350 352.

[2] Закон о стечају ЗС, *Службени гласник РС*, бр. 104/09 од 16. децембра 2009. Овај закон је ступио на снагу 23. јануара 2010. године, осим неколико правила која се односе на дуготрајну инсолвентност и нове обавезе стечајног управника. Тиме је укинут Закон о стечајном поступку из 2004. године (ЗСП, *Службени гласник РС*, бр. 84/04).

[3] М. Велимировић, *Стечајно право*, Симбол, Нови Сад 2004, 38; Н. Јовановић, *Приручник за стечајне управанике* (ур. Г. Илић Попов, Н. Јовановић, Ј. Јовановић), Агенција за лиценцирање стечајних управника и Интермекс, Београд 2006, 163; М. Јовановић Zattila, В. Чоловић, *Стечајно право*, Београд 2007, 38.

решење упоредног права је да суд у том случају обуставља стечајни поступак, препуштајући повериоцима да покушају намирење у поступку појединачног извршења (извршном поступку). Ако неки од поверилаца ипак захтева настављање стечајног поступка, суд га наставља, под условом да му поверилац претходно положи предујам трошкова поступка.[4] Таква логика је била заступљена и у Закону о стечајном поступку (даље: стари закон, чл. 4).

У Закону о стечају, као новом закону, међутим, логика се битно мења у погледу правне судбине имовине стечајног дужника (чл. 13). Наиме, ако стечајни судија утврди да се ради о стечају недовољне вредности, а ниједан учесник стечаја, било да је поверилац или сам дужник, не захтева његово спровођење, или то захтева, али по налогу судије не положи предујам трошкова поступка, стечајни судија *закључује* поступак. Решење о закључењу стечајног поступка је правни основ за брисање дужника из регистра привредних субјеката, услед чега престаје као правно лице. Логично је питање шта се дешава са његовом имовином након закључења стечаја, јер се брисањем из регистра дужника који је правно лице (нпр. привредно друштво) онемогућава повериоцима намирење тражбина у извршном поступку. Оно се онемогућава из разлога што у извршном поступку мора да постоји извршеник (дужник), као правни субјект, а њега нема, јер је дужник из регистра избрисан, те је престао да постоји. Због тога је у закону предвиђено оригинално решење, које је својствено заосталим привредним системима са државним управљањем привредом и монополом државне својине. Оно се састоји у томе што стечајни судија решењем о закључењу стечаја недовољне вредности налаже стечајном управнику да уновчи имовину стечајног дужника (нпр. да прода ствари, да наплати новчане тражбине од дужникових дужника). Из добијене новчане своте, намирују се трошкови стечајног поступка, а евентуални остатак се *уплаћује у буџет Републике Србије*. Овом решењу могу да се ставе две замерке, од којих је прва материјалноправна, а друга процесноправна.

Материјалноправна замерка се састоји у томе што држава на овај начин (наредбом Закона о стечају да се вишак уновчене имовине стечајног дужника уплаћује у њен буџет), у ствари, *одузима имовину* дужнику односно власницима дужника (улагачима). Она се одузима не само дужнику и његовим власницима, него и његовим

[4] За швајцарско право вид. F. Chaudet, *Droit suisse des affaites,* Helbing & Lichtenhahn, Bale 2000, 479; за немачко право вид. M. Fromont, *Droit allemand des affaires*, Domat, Montchrestien 2001, 287; за енглеско и шкотско право вид. G. Morse, *Charlesworth & Morse Company Law*, Sweet & Maxwell, London 1995, 797, 798; A. Dignam, J. Lowry, *Company Law*, Oxford University Press, Oxford 2009, 434; Закон о стечају Британије (*UK Insolvency Act 1986*), одсек 202, 204; за француско право вид. B. Mercadal, P. Macqueron, *Le droit des affaites en France*, Lefevre, Levallois 2005, 361.

повериоцима, јер и они могу да је захтевају ради намирења својих тражбина према дужнику, чему у крајњем случају имовина сваког лица служи у грађанском праву.[5] Питање је који је правни основ (оправдање) државе да одузме туђу имовину у овом случају, и то без накнаде. По Уставу Србије из 2006. године, могућа су три основа (чл. 58). Један правни основ може да буде рад суда, као државног органа у стечајном поступку, који мора да се плати у виду такси (трошкова поступка), јер је ту држава поверилац. Међутим, у овом случају тог основа нема, јер су ти трошкови већ намирени, а држава одузима вишак уновчене имовине стечајног дужника преко њиховог износа. Други правни основ могу да буду порези и друге јавне дажбине које дужник дугује држави и другим јавноправним повериоцима. Међутим, ни тог основа нема у овом случају, јер Закон о стечају не спомиње да се вишак уновчене имовине уплаћује у буџет Србије ради намирења њених потраживања по основу пореза. То се не спомиње, јер је највероватније да у часу закључења поступка њене пореске тражбине нису ни утврђене у стечају, те би било незаконито да се намирују потраживања која нису утврђена. Најзад, трећи могући правни основ може да буде јавни (општи) интерес, који треба да се оствари или заштити у односу на појединачни интерес носиоца имовине која се одузима (стечајног дужника или његовог власника). Тада се ради о експропријацији, а експропријација у корист државе је национализација.[6] Експропријација је по Уставу допуштена само уз накнаду власнику експроприсане ствари, макар да је реч о национализацији.[7] У случају закључења стечаја недовољне вредности, међутим, имовина се одузима без накнаде. Из тога се закључује да је правило Закона о стечају о уплати вишка уновчене имовине дужника у буџет Србије противуставно, јер се њим уводи експропријација (односно национализација) имовине без накнаде, чиме се држава правно неосновано богати на штету својих привредних субјеката. Како је конфискација кривичноправна санкција, којом се учиниоцу кривичног дела одузима имовина без накнаде, може се тврдити да је у овој врсти стечаја, у ствари, реч о конфискацији, која се изриче без вођења кривичног поступка. Свакако да је такво понашање државе забрањено Уставом.

Због описане неуставности судови би морали да занемаре ово правило у пракси, непосредно примењујући Устав, без потребе за било каквом одлуком Уставног суда о њеном укидању услед неуставности. Ако би судови одбијали уплату вишка уновчене имовине

---

5 О. Станковић, В. Водинелић, *Увод у грађанско право*, Номос, Београд 2007, 155.

6 Р. Јелић, 11, 13, 16, 17, 22, 23

7 Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 1/2006, чл. 58; Закон о експропријацији *Службени гласник РС*, бр. 53/95, 20/09, чл. 1, 2, 41.

дужника у буџет због неуставности, јавило би се питање шта са том новчаном масом да учине. Једино логично решење је да га уплате на рачун дужника или рачун судског депозита за потребе намирења поверилаца у извршном поступку. Ако судови то не би одбијали, поступали би противуставно. Тада би се постављало питање одговорности поступајућег стечајног судије, суда и државе.

Одговорност *судије* се заснива на чињеници да се као стручњак за право може да сматра несавесним, јер мора да зна да на овај начин повређује Устав. Како несавесност указује на његову намеру или крајњу непажњу, постоји основ за његову имовинскоправну одговорност. Ако би се сматрало да је штету намерно нанео, био би одговоран непосредно власнику одузете имовине, као оштећенику. Ако би се заузео став да је штету нанео крајњом непажњом, не би био непосредно одговоран власнику одузете имовине, јер га у том случају штити закон. Међутим, власнику одузете имовине у том случају био би одговоран суд у ком судија ради, с тим што би суд, који би исплатио накнаду оштећенику, имао право регреса од судије, те би судија посредно одговарао оштећенику (експропријату) и у случају крајње непажње.[8] Судија би у овом случају могао и кривичноправно да одговара за кривично дело кршења закона од стране судије.[9] Одговорност *суда* је имовинскоправна, јер он, као правно лице и државни орган, одговара за штетне радње својих службеника (судија) учињених намерно или крајњом непажњом у вршењу или у вези са вршењем њихових функција.[10] Назад, и *држава* би могла имовинскоправно да одговара, јер она одговара за штету коју судије изазову намерно или крајњом непажњом у обављању својих функција. Осим тога, како се држава таквим уплатама свакако *правно неосновано богати*, осиромашено лице би могло да од државе тражи повраћај одузетог по основу правно неоснованог обогаћења. То значи, власници стечајног дужника правног лица (који иначе престаје закључењем стечаја у овом случају), којим је одузела имовину на овај начин, имали би право да јој траже повраћај по том основу, као правно неосновано осиромашена лица.

Процесноправна замерка национализацији у стечају недовољне вредности састоји се у томе што Закон о стечају одређује да имовину у стечају недовољне вредности уновчава стечајни управник по налогу стечајног судије. Сметња у примени овог правила је што се стечај недовољне вредности углавном окончава већ у претходном поступку,

---

[8] Закон о судијама Републике Србије   ЗС, *Службени гласник РС*, бр. 116/08, 104/09, чл. 6; Закон о државним службеницима   ЗДС, *Службени гласник РС*, бр. 79/05, 104/09, чл. 2. и 124; Закон о облигационим односима   ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, *Службени гласник СРЈ*, бр. 31/93, чл. 170 172.

[9] Кривични законик   КЗ, *Службени гласник РС*, бр. 85/05, 111/09, чл. 360.

[10] ЗДС, чл. 124.

чим се утврди недовољна вредност дужникове имовине. Међутим, у претходном стечајном поступку се стечајни управник именује само изузетно (нпр. ради заштите дужникове имовине), јер тада није сигурно да је уопште потребан због тога што тек треба да се утврди постојање стечајног разлога.[11] То значи да у часу закључења стечаја због недовољне вредности дужникове имовине у поступку најчешће нема стечајног управника, те да имовина не може ни да се уновчи. Стога би суд који закључује стечајни поступак из овог разлога, пре именовања стечајног управника, морао решењем о закључењу стечаја да именује и стечајног управника, како би уновчио имовину дужника. Тако се јавља прва процесноправна бесмислица у овом правилу, која се састоји у томе што закон налаже постојање стечајног управника, иако се стечајни поступак више не води. Осим тога, и кад би правило било смислено и правнотехички изводљиво, његовим именовањем само би се повећавали трошкови стечајног поступка, јер стечајни управник има право на накнаду трошкова и награду за рад. То је противно законском начелу економичности стечајног поступка, чиме закон себи противречи.[12] То је друга процесноправна бесмислица правила о национализацији дужникове имовине недовољне вредности. Услед тога изгледа као да сврха стечаја недовољне вредности није намирење поверилаца, нити уштеда трошкова поступка, што су битна начела Закона о стечају (чл. 2), већ да новац заради држава и стечајна бирократија (нпр. суд, на име такси, стечајни управник, на име награде за рад, и држава, на име уплате вишка уновчене недовољне имовине дужника). У ствари, овде се ради о противуставном државном присвајању туђе имовине, која је настала непромишљеношћу законодавца.

3. СТЕЧАЈ ДУГОТРАЈНО ИНСОЛВЕНТНОГ ДУЖНИКА

Друга врста стечаја у којој држава присваја имовину дужника је стечај због дуготрајне дужникове неспособности за плаћање.[13] Она је економски знатно озбиљнија од стечаја недовољне вредности, јер се по правилу ради о дужницима са великом вредношћу имовине. Дуготрајна неспособност за плаћање (дуготрајна инсолвентност) наступа кад дужник уопште не плаћа своје новчане обавезе повериоцима непрекидно годину дана.[14] Она је разлог да суд *по службеној дужности* покрене стечајни поступак, чиме се одступа од начела

[11] ЗС, чл. 20, 65, 70.

[12] ЗС, чл. 5.

[13] ЗС, чл. 150 154, 208.

[14] Дуготрајна инсолвентност у трајању од годину дана важи тек од почетка 2012. године. До тада се сматра да траје дуже, и то од ступања на снагу Закона о

диспозитивности у његовом покретању.[15] На наступање дуготрајне инсолвентности пази по службеној дужности организација за принудну наплату у платном промету. Та организација последњег дана у месецу о томе обавештава суд на чијем подручују је седиште свих правних лица код којих је она наступила до тог дана, као и што то објављује у једним националним дневним високотиражним новинама, те на својој интернет страни. Након тога суд по службеној дужности решењем покреће претходни стечајни поступак, у ком утврђује да ли повериоци имају интерес за стечај свог дужника. Тим решењем суд, тачније стечајни судија, одређује предујам трошкова стечајног поступка, остављајући повериоцима и дужнику рок од 60 дана од дана истицања решења на својој огласној табли да затраже спровођење стечаја и да положе предујам. Ако неко од њих уплати предујам, судија заказује рочиште за расправљање о стечајном разлогу, након чега се стечајни поступак наставља као кад га је покренуо овлашћени предлагач (платац предујма). У супротном (ако се не плати предујам), сматра се да повериоци нису заинтересовани за стечај. Тада суд доноси решење којим *истовремено отвара и закључује* стечај (!), утврђујући постојање дуготрајне инсолвентности као стечајног разлога и незаинтересованост поверилаца. То решење се истиче на огласној табли суда (не објављује се у новинама) и доставља регистру привредних субјеката. По његовој правноснажности (нпр. ако се не уложи жалба или га другостепени суд потврди) дужник се брише из регистра, чиме престаје као правно лице. Његова имовина *прелази у својину државе* (Републике Србије) и њом се управља и располаже као средствима у својини државе! При томе, држава не одговара за обавезе дужника, што значи да се она законом проглашава само за правног следбеника стечајног дужника у својству повериоца, а не и у својству дужника. Због тога су дужникови дужници обавезни да испуне држави своје дугове које имају према дужнику, али дужникови повериоци немају право да од ње намире своје тражбине које су имали према њему. Штавише, ако је стечајни дужник у часу свог престанка и преласка његове имовине на државу водио неку парницу као поверилац против свог дужника, држава може да преузме њено вођење у својству тужиоца. Каква дивна повластица за државу!

Вероватан економски разлог стечаја због дуготрајне инсолвентности јесу тзв. велики и дуготрајни „губиташи" у српској привреди, чији стечајеви изискују велике трошкове поступка због велике вредности њихових имовина. Осим тога, за њиховим средстви-

стечају до краја 2010. године траје три године, а од почетка до краја 2011. године траје две године (чл. 208).

[15] Начело диспозитивности забрањује суду да покреће стечајни поступак сам, допуштајући му то само на предлог овлашћеног лица (повериоца, дужника или ликвидационог управника, прим. Н. Ј.).

ма постоји слаба тражња на тржишту, те и да падну у стечај, ризик је да се уопште не уновче. Стога, повериоци не желе да покрећу стечајеве, јер би били обавезни да плате трошкове поступка, уз ризик да их из стечајне масе не накнаде. Ни дужници немају новца за њих, те настаје економски неодрживо стање инсолвентности, уз правну немогућност да се у стечају оконча. Држава је нашла излаз из тог стања у претњи повериоцима да присвоји (експроприше) без накнаде имовину њиховог дуготрајно инсолвентог дужника, ако нико од њих не плати трошкове стечаја, чиме би их лишила и саме наде да бар мали део својих тражбина икада намире.

Ова претња је озбиљна и застрашујућа, те би могла да буде делотворна да није противуставна. Она је противуставна, јер се тим законским правилом повређује уставно начело мирног уживања законито стечене имовине, као и начело равноправности свих својинских облика, али и уставно право на судску заштиту.[16]

Начелом мирног уживања законито стечене имовине Устав забрањује сваком лицу да је одузме њеном имаоцу, допуштајући једино да буде одузета у јавном интересу и уз накнаду најмање у висини њене тржишне вредности. У институту стечаја дуготрајно инсолвентног дужника није испуњен ниједан услов за ово одузимање (експропријацију, национализацију). Јавни интерес, као први услов, у овом случају не постоји, јер је државна експропријација противна уставним начелима слободе привређивања, трговине и самосталности привредних сујеката, као значајнијим.[17] Да је држава ваљан привредник не би се у Србији спроводила приватизација. Ни други уставни услов за допуштеност експропријације, а то је накнада за одузету имовину, такође није испуњен. Ово због тога што институт стечаја дуготрајно инсолвентног дужника омогућава држави да без накнаде (бесплатно) присвоји његову имовину, без обавезе да његовим повериоцима намири тражбине.

Пошто је национализација радња којом држава присваја приватну имовину *уз накнаду* власнику, значи да у стечају дуготрајно инсолвентог дужника није реч о њој, већ о конфискацији, која се изриче као кривичноправна санкција одузимања имовине без накнаде осуђенику.[18] Реч је заиста о правој „збрци" имовинскоправних и кривичноправних института, јер се стечајни дужник посматра као учинилац кривичног дела, а његова дуготрајна платежна неспособност као кривично дело, које се санкционише конфискацијом. Како Устав забрањује изрицање кривичних санкција за радње које пре њиховог

[16] Устав РС, чл. 3, 23, 36, 58, 86.

[17] Устав РС, чл. 82 84.

[18] Н. Срзентић, А. Стајић, Љ. Лазаревић, *Кривично право СФРЈ,* Савремена администрација, Београд 1984, 365; Р. Јелић, 35 38; Р. Јаковљевић, 350.

извршења нису законом предвиђене као кривична дела (чл. 34), значи да је конфискација имовине дуготрајно инсолвентног дужника противуставна.[19]

Институт одузимања имовине дуготрајно инсолвентног дужника у корист државе је противуставан и из разлога што се њиме вређа уставно начело равноправности свих својинских облика (приватне, задружне и јавне својине), и то на два начина.[20] Први начин је што се омогућава да се приватна својина стечајног дужника претвори у државну својину, као врсту јавне својине, без његове сагласности, чиме се законом надређује државна својина приватној. Могуће је, међутим, да се утврди да су дуготрајно инсолвентни дужници већином или исукључиво пропала друштвена предузећа, те да се овом врстом стечаја не врши насилно „подржављење" приватне имовине, због чега нема повреде уставног начела равноправности својинских облика. Ако је то тачно, онда је режим њиховог стечаја законом требало ограничити само на привредне субјекте у које уопште није уложен приватни капитал или само на друштвени (државни) капитал у субјектима са обе врсте капитала. Уместо тога, тај режим је општи, јер важи за сва правна лица, укључујући и она у искључиво приватној својини, што свакако јесте противуставно. И кад тренутно не би било дуготрајно инсолвентних приватних правних лица, сигурно је да би се у будућности могли појавити, јер режим стечаја због дуготрајне инсолвентности законом није временски ограничен (нпр. до окончања приватизације свих друштвених и државних предузећа), што је још један разлог његове противуставности. Други начин повређивања уставног начела равноправности својинских облика јесте повлашћивање државе као повериоца за порезе и друге јавне дажбине, које дуготрајно инсолвентни дужник свакако дугује, поред дугова које има према осталим повериоцима. Повлашћивање се састоји у томе што се законом присиљавају само недржавни повериоци да сносе трошкове стечајног поступка, а не и држава, као један од поверилаца. Осим тога, оно је и у томе што само држава, као један од поверилаца, има право да присвоји целу имовину дужника без накнаде било коме и без дугова прем било коме, а не и остали повериоци. Из тога произлази да је однос српске државе у овом случају према привредним субјектима изузетно дволичан, те је морално неодржив и сраман. Непоштење српских државних органа према привредним субјектима (нарочито у пореској, казненој и пољопривредној политици) један је од битних узрока неповерења предузетника и улагача према српској држави и привреди, што свакако омета њен развој. Такав лош однос према привреди свакако потиче од челних људи који воде српску државу.

[19] Исту забрану садржи и КЗ, чл. 1 3, 14.

[20] Устав РС, чл. 82.

Последњи разлог противуставности државног одузимања имовине дуготрајно инсолвентног дужника тиче се ускраћивања судске заштите субјективних права, која је свим правним субјектима „зајемчена“ Уставом. Законом о стечају се правда одузимање имовине у корист државе незаинтеросованошћу поверилаца за стечај дуготрајно инсолвентног дужника. Ако се и може извести закључак о непостојању интереса поверилаца за стечај дужника на основу њиховог пропуштања да плате предујам стечајних трошкова у прописаном року, што је врло спорно, сигурно се из тога не може извести закључак о непостојању њиховог интереса за намирење потраживања уопште. Ако не желе да намире потраживања у стечају, сигурно је да желе да га намире у извршном поступку, јер иначе не би изазвали инсолвентност дужника (нпр. дуготрајном блокадом његовог рачуна код банке). Држава им свакако мора омогућити заштиту потраживања у поступку принудног извршења, било у извршном или поштеном стечајном поступку, ако не жели да буде обичан „пљачкаш“. Држава је по Уставу дужна да пружа судску заштиту субјективних права, као што су потраживања, од њихових повреда, као што је дужничка доцња, макар и дуготрајна. Због тога је сигурно да се одузимањем имовине у корист државе у стечају дуготрајно инсолвентног дужника вређа ова уставна дужност државе, а право грађана, те да је такво правило Закона о стечају неуставно и неважеће. Није потребно да Уставни суд поништи правило о конфискацији из Закона о стечају да би га судови занемаривали у стечају, јер судови имају уставну дужност да непосредно примењују уставна правила о људским правима, у које свакако спада и право на имовину, макар она припадала стечајном дужнику и његовим власницима.[21]

4. УПОРЕДНО ПРАВО

У тражењу решења за проблеме недовољне имовине стечајног дужника и дуготрајне инсолвентности ваља проучити како их решавају европске државе са више стечајног искуства него што га има Србија. Уочљиво је већ на први поглед да њихова права не познају стечај због дуготрајне инсолвентности, али да уређују стечај недовољне вредности. Посебног режима стечаја због дуготрајне инсолвентности нема због његове непотребности и бесмислености. Наиме, није потребно посебно законом уређивати стечај дужника због дуготрајне инсолвентности, кад по закону повериоци, па и сам дужник, имају право да стечајни поступак покрену и раније, чим наступи инсолвентност, иако није „дуготрајна“. Иносլвентност је исто економско стање у односима дужника са повериоцима без обзира да

[21] Устав РС, чл. 18.

ли траје краће или дуже. Циљ стечаја у свакој врсти инсолвентности је исти, а то је да се повериоци што повољније намире, па је бесмислено спроводити стечај да би се остварење тог циља онемогућило у случају дуготрајне инсолвентости подржављењем имовине дужника. Осим тога, у европским државама се из буџета накнађује износ трошкова поступка који нису могли да се намире из стечајне масе.

Режим стечаја недовољне вредности имовине дужника је сличан у упоредном праву, уз заједничку идеју краћег поступка него у редовном стечају.

У енглеском праву се стечај недовољне вредности зове „скраћено укидање компаније" (*early dissolution of company*), као институт у оквиру принудне ликвидације (*compulsory winding-up*). Стечајни управник (*official receiver*) може да пријави скраћено укидање компаније регистру компанија (слично српском регистру привредних субјеката) кад у принудној ликвидацији утврди да ће средства компаније бити недовољна да покрију трошкове поступка. Он је овлашћен да поднесе ту пријаву ако је уверен да нема потребе за даљим испитивањем пословања компаније, под условом да обавести о својој намери скраћеног укидања повериоце и „доприносиоце" компаније, остављајући им рок од 28 дана по обавештењу.[22] Компанија престаје истеком трећег месеца пошто је Регистар регистровао пријаву скраћеног укидања. Међутим, заинтересовано лице, као што је поверилац или доприносилац, има право да тражи другачија упутства од министра (*Secretary of State*) у року од три месеца по регистрацији пријаве. Упутства може да тражи због било ког разлога који указује на непримереност скраћеног укидања, као што је довољност дужникове имовине за покриће трошкова поступка или потреба даљег испитивања пословања компаније. Министар је слободан да по свом нахођењу изда упутства како би омогућио укидање компаније, као да није пријављено скраћено укидање. Лице које није задовољно упутствима министра има право да тражи њихово судско преиспитивање. У Енглсекој је скраћено укидање компаније врло значајно, јер скоро трећина компанија престаје на тај начин.[23]

У шкотском праву је режим стечаја недовољне вредности сличан енглеском. Кључна разлика је што у Шкотској одлучујућу улогу има суд уместо стечајног управника и министра. Ако стачајни управник (*liquidator*) утврди да су средства компаније недовољна да покрију трошкове ликвидације, овлашћен је да тражи од суда налог за скраћено укидање. Суд даје налог ако утврди да је скраћено укидање

[22] Доприносилац (*contributor*) је лице дугује компанији свој улог (нпр. акционар који јој није платио целу емисиону цену акција) или јемчи за њене дугове (прим. Н. Ј.).

[23] G. Morse, 797; A. Dignam, J. Lowry, 434.

примерено случају. Тада управник прослеђује примерак налога Регистру компанија у року од 14 дана ради регистрације скраћеног укидања. Компанија престаје три месеца по регистрацији тог налога. Суд, међутим, може да одложи престанак компаније колико сматра да је потребно на предлог заинтересованог лица.[24]

Француско право допушта суду да закључи стечајни поступак (*liquidation judiciaire*) било из разлога непостојања дужникових дугова (*exstinction du passif*), било из разлога што му је имовина недовољна (*insuffisance d'actif*). Закључењем поступка гаси се право поверилаца да наставе намирење својих тражбина у извршном поступку против дужника, што значи да се дужникови дугови тиме гасе. Изузетно, поверилац има право да се након закључења намири у извршном поступку ако је његов захтев заснован на кривичној осуди за незаконито отуђење у оквиру дужникове делатности или за пореску утају, или ако се заснива на личном праву повериоца, а не на имовинском. Осим тога, гарант или јемац који је платио дуг уместо дужника има право да настави извршни поступак против дужника ради накнаде плаћеног. Најзад, кад је дужник преварио повериоца у стечају, као и кад је према истом дужнику већ раније стечај окончан у скраћеном поступку због недовољности његове имовине, поверилац има право да намири своју тражбину у извршном поступку упркос закључењу стечаја.[25]

У Немачкој суд одбацује предлог за покретање стечајног поступка ако утврди да су дужникова средства, која нису заложена, недовољна да покрију трошкове поступка. Он не сме да одбаци предлог ако кредитор положи предујам у висини суме која недостаје за покриће процењених трошкова. Тада суд налаже упис дужника на листу стечајних дужника (*Schuldnerverzeichnis*) за следећих пет година.[26]

Швајцарска можда има најопрезнији приступ у правном регулисању стечаја недовољне вредности. Њено право разликује два случаја те врсте стечаја, зависно од врсте поступка. Први се тиче скраћеног поступка, а други се тиче редовног поступка.

Први случај се јавља кад служба за извршења утврди да дужникова имовина вероватно неће бити довољно вредна да покрије трошкове стечаја у скраћеном поступку (*liquidation sommaire*). Тада служба обавештава о томе суд, који налаже обуставу стечаја и објављује обавештење о томе. Поверилац, међутим, има право да захтева наставак поступка у року од наредних 10 дана, под усло-

24 G. Morse, 798.

25 B. Mercadal, P. Macqueron, 361.

26 M. Fromont, 287.

вом да положи обезбеђење да ће платити трошкове који вероватно неће моћи да се плате из вредности дужникових средстава. Ако не положи обезбеђење суду у том року, заложна права свих поверилаца на средствима дужника престају истеком десетог дана. Након тога се настављају сви извршни поступци против дужника, који су били започети пре покретања стечајног поступка, али су због тога обустављени, услед чега се цела имовина дужника расподељује међу повериоцима. Упис отварања стечаја у регистру трговаца се брише. Ако је дужник предузетник, који наставља пословање након стечаја, његова регистрација се не брише. Међутим, поверилац има право да против њега покрене извршни поступак пленидбом његове имовине у наредних 10 година. Насупрот предузетнику који се не брише из регистра, ако наставља пословање после стечаја, компанија се брише, осим ако њени заступници поднесу приговор суду у наредна три месеца. Ако је приговор основан, компанија остаје уписана у регистру, али уз онаку „у стечају". У том случају се брише из њега по окончању стечајног поступка. У овој врсти стечаја престаје просечно око 30% дужника.

Други случај стечаја недовољне вредности у Швајцарској се односи на редовни стечајни поступак (*liquidation ordinaire*). Он се јавља кад служба за извршења утврди да дужникова средства нису довољна за покриће трошкова редовног поступка, али су довољна за трошкове скраћеног поступка. Служба тада предлаже суду да спроведе скраћени стечајни поступак. Повериоци су, међутим, овлашћени да захтевају од суда, све до расподеле дужникове имовине, спровођење редовног поступка, под условом да положе обезбеђење за покриће трошкова који неће моћи да се покрију из дужникових средстава. Ова врста поступка се примењује на више од 60% стечајева.[27]

Преглед стечајног права озбиљних држава показује да се у стечају недовољне вредности нигде не предвиђа последица подржављења имовине дужника, као што се посебно не уређује ни стечај због дуготрајне инсолвентности. То указује да је у овим питањима још једном српско правништво допринело светској правничкој „баштини" изворним и бесмисленим решењима привредних проблема, попут оних из „Титове ере", као што су несвојински концепт друштвене својине, самоуправљање и организације удруженог рада.

5. РАЗМАТРАЊЕ УЗРОКА И ПОСЛЕДИЦА

Кад се у неком закону јаве бесмислена решења неког проблема, која нису позната у упоредном праву, и уз то су противна домаћем

[27] F. Chaudet, 479.

уставу, разумљиво је да се пита шта им је узрок и какве су јој могуће последице у пракси. Гледано са становишта правничке струке, свакако да је узрок недовољно размишљање писца закона који је неуставност „осмислио“. Међутим, у разматрању узрока неуставности свакако треба изаћи ван оквира права, те их потражити у његовом окружењу, а пре свега у психологији и економији.

Вероватни узроци неусавности државног присвајања имовине дужника у стечају недовољне вредности, као и стечају због дуготрајне инсолвености јесте заостала комунистичка свест (жал, традиција) у законодавним круговима наше државе, као и њена навика преписивања страних закона. Комунистичка свест се изгледа дубоко усадила у менталитет и морални склоп Срба, а нарочито српске бирократије. Због тога се очекује да свемоћна држава управља свим друштвеним процесима, па и привредом, укључујући и стечај, те да јој због тога све и припада, макар било и туђе. Од ње све потиче, она све даје, али и узима, кад јој затреба или јој се прохте, макар да је неко тако слабашан као што је дужник у стечају недовољне вредности. Због тога је и „нормално“ да такво схватање уђе у закон, иако је оно противуставно. Противуставност не отклања ни чињеница да је слично решење стечаја недовољне вредности заступљено у Стечајном закону Хрватске из 1996. године (чл. 63), из којег га је вероватно наша законописачка бирократија преписала.[28] У последње време је усталила праксу преписивања решења из страних права, ма колико лоша, па и бесмислена била, без размишљања о њиховој примењивости у нашим условима. Она првенствено преписује из хрватских прописа, а кад би знала неки страни језик (нпр. енглески, француски или немачки), вероватно би више преписивала и из других страних права. Услед тога се стиче утисак да у Србији нема више паметних и учених правника и других интелектуалаца с изворним законодавним идејама (попут, рецимо, Томе Живановића, Спасоја Радојичића, Живојина Перића, Михајла Константиновића, Милана Бартоша, Борислава Благојевића и Михајла Ђурића), а да је „сврака попила мозак“ онима што их има, па да морају да преузимају готова решења из иностранства. Та појава је врло чудна, с обзиром да је Универзитет у Београду одувек био најугледнији у социјалистичкој Југославији, што је вероватно и даље остао, ма колико се то понегде порицало.

[28] Хрватско решење проблема недовољности имовине стечајног дужника је нешто смисленије од нашег, али је и оно вероватно противно уставу те државе. Тај проблем се решава тако што трошкове у стечају недовољне вредности сноси сам дужник, а ако он нема ни за покриће најнужнијих трошкова (нпр. оглас, сређивање архивске грађе и сл.), трошкове сноси држава из буџета. Отуда, држава има право да имовину дужника употреби за покриће трошкова поступка, а евентуални остатак се уплаћује у државни буџет („прорачун“).

У стечају због дуготрајне инсолвентности заостала комунистичка свест у законописању, као психолошки разлог неуставности, појачана је економским разлогом несташице у буџету српске државе. Наиме, због начела правне сигурности и заштите поверилаца угрожених инсолвентношћу њиховог дужника, нормално је да се очекује да држава преузме на себе трошкове стечајног поступка, кад је инсолвентост несумњива, а трошкове стечајног поступка нико не жели да предујми. Тада она накнађује трошкове поступка које је сносила из стечајне масе као повлашћени поверилац у односу на остале повериоце. Ако не успе у целости да их накнади због мале стечајне масе, те претрпи губитак, накнађује га из буџета, што значи на терет свих пореских обвезника. То се сматра кориснијим за опште интересе, него одржавање дуготрајне инсолвенности неког привредног субјекта, као болесног стања привреде. У процесу писања Закона о стечају вероватно је неки бирократа у министарству надлежном за финансије указао да држава „нема пара у буџету" за сношење трошкова стечаја дуготрајно инсолвентних дужника, кад је већ било чврсто одлучено да се тај стечај покреће по службеној дужности. То је неког „стручњака" нагнало да осмисли правило о кажњавању „неваљалих" поверилаца („неваљалих" зато што неће да предузму трошкове стечаја) одузимањем имовине њиховог дужника у корист државе, и то без накнаде. Вероватно је да ће последица овакве законодавне „досетке" бити бројне парнице с државом ради повраћаја одузете имовине, као и уставни спор ради њеног уклањања из закона. Свакако да се тиме озбиљно штети правном поретку, његовој складној примени и правној сигурности привредних субјеката.

6. МОГУЋА РЕШЕЊА

Кратак приказ упоредног права указује да српско право има три логичке грешке у стечају недовољне вредности. Прва је национализација (конфискација) имовине дужника, што је особеност Србије и Хрватске. Друга се односи на законски услов повериоцу за остварење његовог права на настављање стечајног поступка. Наиме, Закон о стечају обавезује повериоца да положи суду целу суму трошкова стечајног поступка, ако захтева његово настављање. Чини се да је то претерано строг услов, јер та сума може да буде претерано велика у поређењу са користима које поверилац може да очекује од стечаја. Због тога би тај услов требало ублажити на два начина. Прво, поверилац треба да положи предујам само у висини разлике између процењених трошкова поступка, који су виши, и вредности дужникових средстава, која је нижа. Остатак трошкова суд намирује из стечајне масе. Осим тога, судска процена трошкова поступка и

вредности имовине дужника може да се покаже погрешном током поступка или се накнадно може пронаћи додатна имовина дужника (нпр. била је скривена или је побијањем дужникових радњи враћена). Тада би суд био дужан да врати предујам платиоцу. Друго, нема потребе да се поверилац принуђује да предујам положи у новцу, јер је боље да се повериоцу остави да га обрће у пословању и да зарађује, него да стоји на рачуну суда. Довољно је да поверилац суду пружи примерено обезбеђење своје обавезе за случај да имовина дужника буде недовољна. Због тога би га законом требало овластити да своју дужност полагања предујма, као услов за наставак поступка, испуни и полагањем банкарске гаранције, полисе осигурања или залоге у корист суда. Трећа логичка грешка српског права у стечају недовољне вредности тиче се разлога за условљавање поверилаца за настављање стечајаног поступка путем уплате предујма процесних трошкова. Док упоредно право допушта суду да услови повериоце полагањем предујма трошкова стечаја само кад је имовина дужника недовољна да их покрије у целости, српско право му то допушта и кад је она довољна, али је иначне „незнатна“. Тиме се судовима дају преширока овлашћења, што нарушава правну сигурност у стечају.

7. МОГУЋА ТУМАЧЕЊА

Стечајна национализација (конфискација) из Закона у стечају свакако ће изазвати штетне последице у пракси, ако судови буду поступали по његовим правилима која је омогућавају. Због тога се јавља питање како да се тумаче правила Закона о стечају о овој национализацији да би се штетне последице избегле и отклониле повреде правног поретка, као и како би требало та питања да се друкчије уреде без повреде Устава. Решења су различита зависно од случаја у којем се јавља неуставност.

У стечају недовољне вредности суд би требало да занемари правило Закона о стечају, које му налаже обавезу уновчавања (продаје) имовине дужника преко стечајног управника, ако већ у претходном поступку утврди њену недовољну вредност. Тада треба, позивајући се на неуставност тог правила, уместо решења о закључењу стечаја, да донесе решење о његовој обустави или одбацивању предлога за покретање стечајног поступка због неиспуњености услова довољности имовине дужника, као процесне претпоставке за вођење стечајног поступка. Тиме суд не би укинуо дужника као правног субјекта, те би омогућио повериоцима да покушају да намире своје тражбине у извршном поступку, укључућујући и могућност побијања дужникових правних радњи. Ако је у стечају већ почело уновчење имовине, или је она у целости уновчена, суд би требало из ње да

накнади трошкове стечаја лицима који су их сносили, укључујући и државу, а евентуални вишак да уплати на посебан рачун дужника, и то искључиво у корист поверилаца, а не буџета. Повериоци би се из тог вишка намиривали по општим правилима ван стечаја, ако би уопште били заинтересовани за намирење. У сваком случају, законодавац би требало што пре изменом закона да уклони из правног поретка неуставност правне судбине недовољно вредне имовине дужника. Да би се повериоци одвратили од олаког покретања стечаја недовољне вредности, можда је добро решење постављање услова минималне величине тражбине за стицање права на покретање стечајног поступка. Рецимо, британско право дозвољава само повериоцу који има тражбину преко прописаног минималног износа (750 фунти) да поднесе предлог за покретање стечаја. У САД се води рачуна и о броју поверилаца инсолвентног дужника. Тако, ако их има више од 12, нужно је да бар троје њих који имају заједно бар 5.000 долара необезбеђених тражбина поднесе предлог суду.[29] Ако их је мање од 12, онда предлог може да поднесе и сваки поверилац, осим запосленог и упућеног у дужнику (тзв. инсајдер), под условом да му је тражбина најмање 5.000 долара.[30] У Финској је предлог за покретање стечаја недопуштен ако је потраживање безначајно или је очигледно непримерено трошковима и користима стечајног поступка.[31]

У стечају због дуготрајне инсолвентности у ком ниједан поверилац о року не плати предујам трошкова, суд не би могао својом одлуком да спречи пренос дужникове имовине на државу, јер се то дешава по сили Закона о стечају (чл. 154). Како је тај пренос неуставан, нужна је измена тог закона. Можда би правило Закона о стечају било уставно, ако би се тумачило да само државно („друштвено") учешће у имовини дужника прелази на државу, под условом да на њу пређе и сразмеран део обавеза дужника према повериоцима. Остатак имовине дужника могао би да пређе само на чување и управљање држави (тзв. секвестар), која би за то имала право на накнаду. Чини се да је најпримереније решење да се закон тако измени у овом питању да држава сноси трошкове стечајева дуготрајно инсолвентних дужника, с тим да за њих има првенство у намирењу из стечајне масе. Ако стечајна маса није довољна за њихово намирење, губитак у билансу трошкова стечајног поступка требало би да падне на терет државе (буџета). То је обавеза коју држава има према грађанима, привредним субјектима и пореским обвезницима, а састоји се у пружању судске заштите њихових права од повреда које изазива инсолвент-

29 Закон о стечају Британије (*Insolvency Act*) из 1986, одсек 123.

30 R. Anderson, I. Fox, D. Fwomey, *Business Law*, South West Publishing, Cincin naty 1987, 636

31 A. Dignam, J. Lowry, 405; Закон о стечају Финске из 2004, глава 2, одсек 2, ст. 2.

ност. Такав стечај је у општем интересу, те би и држава требало да га покреће о свом трошку. То је решење и британског права, где се чак не тражи ни услов инсолвентности.[32] Док се Закон о стечају у том смислу не измени, требало би сматрати да је његово правило о „подржављењу" имовине дуготрајно инсолвентног дужника без правног дејства (необавезујуће) због своје неуставности.

8. ЗАКЉУЧАК

Разматрањем српског режима стечаја недовољне вредности и стечаја због дуготрајне инсолвентности несумњиво се закључује да му је последица национализација, па и конфискација имовине стечајног дужника. Како је то очигледно противуставно, требало би га занемарити у пракси судова да би се избегли озбиљнији спорови и правна несигурност у стечају. Разматрањем узрока који су довели до тако неуставног режима ових врста стечаја закључује се да су то вероватно нестручност писца односних одредби и његова непромишљеност, затим невољност државе да омогући ваљано обављање судске функције у стечају, као и неефикасност у пружању заштите повериоцима у стечају, упркос уставној обавези државе да штити права грађана која су у стечају изузетно угрожена.

Владајући кругови и бирократија у Србији морају да схвате да не могу вечито да се за лоше управљање државом и привредом изговарају сиромаштвом друштва и несташицом у буџету, јер је то обично заваравање народа. Новца у буџету било би више кад би бирократије било мање (а сада је већ ноторна чињеница да њен велики део није потребан) и кад се на то не би немилице трошио новац пореских обвезника. У поређењу с тим трошковима, трошкови стечаја недовољне вредности, као и због дуготрајне инсолвености, јесу занемарљиви. Овакав закључак се намеће пре свега због тога што су неуставности у Закону о стечају могле да се избегну бољим размишљањем законописца и већом „широкогрудошћу" оних који представљају „материјални извор права", укључујући министре и посланике у Скупштини.

Министри су посебно одговорни за лоше законе у Србији, нарочито у привреди, јер често поверавају писање законских текстова нестручним члановима својих политичких партија, за које знају или морају знати да нису довољно стручни, који немају никакав углед у стручним круговима, нити су се доказали својим научним и стручним радовима. Сами министри би бар морали да ваљано познају област друштвених односа о којој треба да се старају у окви-

[32] A. Dignam, J. Lowry, 412.

ру своје надлежности. Разлог због кога се писање закона поверава нестручним лицима нису само наводне уштеде државе на наградама које треба издвојити за законодавни труд истакнутих стручњака у одређеној области, чиме се Влада често правда. Ово оправдање је неумесно, јер је то премала ставка у буџету. Осим тога, држава не сноси трошкове писања многих закона, јер их плаћају из својих фондова разне организације (на пример, Европска унија, *USAID*) у оквиру својих пројеката. Због тога се стиче утисак да је од разлога „несташице у буџету" важнији разлог због којег настају лоши закони „вишак" хонорара из разних фондова којим се финансирају законописачки пројекти самопроглашених партијских „назови" стручњака, њихова жудња за истицањем у струци, макар и лошим законима, као и подложност утицајима разних скривених „владалаца". Тако се преко „чудних" и неадекватних законских правила често чак настоји да се општи друштвени и привредни процеси прилагоде потребама у приватним пословима, индивидуалног богаћења и јачања утицаја појединаца.

Посланици у Скупштини Србије такође сносе одговорност за лоша законодавна решења, јер чине законодавни орган. Скупштина није само прилика за политичко рекламирање појединаца и партија, већ пре свега врховна државна институција од које треба да потиче добар државноправни поредак. Правна неукост не може посланицима да буде изговор за бесмислена и неуставна законска правила. Случај регулисања стечаја недовољне вредности и стечаја дуготрајно инсолвентног дужника представља добар пример таквог законодавства.

Dr. Nebojša Jovanović

Professor
Faculty of Law University of Belgrade

INSOLVENCY PROCEEDINGS AS AN INSTRUMENT OF CONFISCATION

Summary

The author points to two types of insolvency proceedings under Serbian law whereby the State appropriates assets of the debtor; the first one being the insolvency due to an insufficient value of assets; and the second, the insolvency of a debtor who has been insolvent for an extended period of time. The Constitution of the Republic of Serbia (2006) prohibits the State from depriving citizens of their property. Seizing some-

one’s assets as a forfeit by the public treasury may be allowed on two conditions, that must be fulfilled cumulatively: that there is public interest involved which justifies confiscation, and that the deprived receives just compensation. The author holds that the existing rules on insolvency proceedings run contrary to the Constitution, and give leeway to the State to confiscate assets of the insolvent debtors on unconstitutional grounds.

Key words: *Insolvency. – Nationalisation. – Unconstitutionality*.

УДК 347.23(37)

Др Мирослав Милошевић

ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду

PATRIMONIUM PRINCIPIS

У истраживањима посвећеним променама које је римском праву и схватању државе донело увођење принципата значајно место има расправа о правној природи принцепсове благајне (fiscus) и његове имовине (patrimonium). Аутор разматра резултате до којих се дошло у литератури и закључује да се проблем не може решити са становишта римског класичног права, јер је сам положај принцепса, и иначе тешко ускладив са традиционалним римским схватањем државе, правно дограђиван решењима самих принцепса, често уз нарушавање традиционалних граница јавне и приватне сфере. Овоме је доприносила и унутрашња организација принцепсовог домена, која је систематски грађена као аутономни правни простор изолован од начела класичног права.

Кључне речи: *Fiscus. Patrimonium principis. Princeps. Procurator. Принципат.*

I

Појава принципата је, осим низа иновација које је донела на плану управне организације Царства, водила постепеној трансформацији самог римског поимања државе. Један од простора у којима су настали практични подстицаји за стварање нове представе о држави је правно уређење јавног домена. Током републике, сва земљишта у саставу римске територије која нису приватизована или препуштена аутономним градовима, била су *ager publicus populi Romani*. Њихов правни третман се могао разликовати у појединостима, повезаним са методима експлоатације који су на њима примењивани, због чега се у изворима наилази на посебне категорије као што су *ager quaestorius*, *ager censorius* и сл. Али, у основи се увек радило о једноставном моделу јавне својине, који подразумева да су таква земљишта неподобна за примену приватноправних установа и меха-

низама заштите у редовном судском поступку. Појединци су на њима могли да имају интересе који би добили извесну заштиту, али је она остајала у сфери управне надлежности магистрата и само маргинално доспевала у сферу приватног права. Зато су правници скуп нормативних односа који су настајали тим поводом остављали по страни, а римски „републикански модел" јавне својине је остао недорађен у истој мери, као и у осталим античким заједницама сличног типа. Имајући, поред тога, у виду околност да републиканска држава није била субјект приватног права ни у другим сферама правног живота, најближе је изворним римским схватањима да се појам *dominium populi*[1] схвати истовремено као „својина народа" и „суверенитет народа" – уз све резерве које намеће савремена идеолошка употреба сличне терминологије.

Већ од Августа, међутим, као категорија различита не само од *dominium populi* него и од *dominum privatum*, појављује се *dominium Caesaris*.[2] Он код Гаја означава принцепсову власт над провинцијама које нису *in dominio populi* – тј. под управом промагистрата које именује сенат – и у том смислу је и сам близак појму суверенитета. Али, за разлику од „народа", принцепс је – у најмању руку пре доласка на тај положај, али по свему судећи и касније – субјект приватног права, и у том оквиру власник земљишта. Правни режим имовине која припада владару као појединцу, а посебно непокретности, био је нов проблем за римске правнике за који они, докле год се могу пратити њихови покушаји, нису успели да нађу доследно решење. Увид у ток њихових размишљања је ипак значајан за разумевање промена у схватању државе и њеног правног положаја, у првој заједници која је створила правну мисао као самосталну духовну дисциплину. Поред тога, владари су, тражећи решења за уређење својих имовинских односа са приватним лицима, додавали нове елементе овој конструкцији, па и правном систему у целини.

---

1 Gai inst. 2. 7: *Sed in prouinciali solo placet plerisque solum religiosum non fieri, quia in eo solo dominium populi Romani est uel Caesaris, nos autem possessionem tantum et usumfructum habere uidemur*. Иако се ради о успутном коментару основна тема су *loca religiosa* . карактеристично је да Гај не разликује „провинцију" као територију и „провинцијско земљиште" као могући објект права, и искључује могућност приватних права на провинцијском земљишту упоредо са „правима" народа или Цезара. Вид. М. Милошевић, „*Solum provinciale*", *Развој правног система Србије и хармонизација са правом ЕУ,* Београд 2008 (2009), 267 280.

2 Гајева „својина" цезара над провинцијама којима управља, симетрична са „народном својином" над онима под управом проконзула које именује сенат, не може значити ни суверенитет (он сам каже да су све територије царства *sub imperio populi Romani,* inst. 1. 53) ни својину у редовном правном значењу, вид. P. A. Brunt, *Roman Imperial Themes*, Oxford 1990, 347 и даље; упор. Милошевић, *ibid.* Ако је израз коришћен у правним текстовима, могао се једино односити на *patrimonium principis.*

Готово неизбежна полазна тачка за утврђивање имовинског положаја принцепса је начелна констатација једног неправника из првих деценија новог државног уређења, Сенеке, да „цезар све има, али је његово приватно само оно што припада фиску; и све је под његовом влашћу, а у имовини оно сопствено".[3] Философски и семантички контекст у којем је ова мисао изложена не изгледа посебно занимљив са становишта права, али је пажњу истраживача привукло навођење две установе које трајно обележавају имовинскоправни положај владара: *fiscus* и *patrimonium principis.*

Ова друга, и да нема изричитог Сенекиног навода, не би задавала нарочите тешкоће: *patrimonium* је термин којим се редовно означава имовина једног лица, посебно она стечена наслеђивањем. Стога је имовина коју је Август поседовао пре консолидације његовог положаја првог човека у царству, као што је она коју је стекао Цезаровим тестаментом, природно после 27. г. пре Хр. постала *patrimonium principis*. *Fiscus* (дословно „корпа"), крајем републике је приватна благајна неког лица, али и јавни фонд са одређеном наменом (*fisci provinciales*).[4] Због тога је знатно теже утврдити његов правни смисао у принципату, када је повезан са положајем принцепса. Које од ова два значења је извор појма *fiscus Caesaris*? Да ли је термин и у принципату задржао ранију вишезначност? Најзад – сходно томе, или независно од тога – каква је правна природа принцепсовог фиска, и у каквом је односу са његовом имовином која се назива *patrimonium*?

II

Не постоји ниједан извор, нити одређена група извора, од одлучујућег значаја за објашњење природе принцепсовог фиска и његовог приватноправног положаја у целини. Често се помиње у великом броју текстова различитог карактера – епиграфским споменицима, делима ванправних писаца, фрагментима правника и конституцијама, али има мало оних који омогућавају начелне закључке. Сенекина расправа *De beneficiis* је најстарији текст у којем је термин употребљен, али ни ту, по свему судећи, не у јединственом смислу. Наведени фрагмент сугерише да је фиск у основи исто што и *patrimonium principis*, владарева имовина која му припада у својству приватног лица: на другом месту, међутим, изгледа вероватније дру-

[3] Seneca, de benef. 7. 4. 3: *Caesar omnia habet, fiscus eius privata tantum ac sua: et universa in imperio eius sunt, in patrimonio propria.*

[4] Вид. A. H. M. Jones, „The Aerarium and the Fiscus", *The Journal of Roman Studies* 40/1950, 22 и даље; M. Alpers, *Das nachrepublikanische Finanzsystem: Fiscus und Fisci in der frühen Kaiserzeit*, Berlin New York 1995, 248 и даље.

гачије тумачење.[5] По основној интонацији сасвим је сличан првом Сенекином наводу много каснији Улпијанов фрагмент, који говори о интердикту *ne quid in loco publico fiat*:

> „Сматрам да се овај интердикт не може применити на земљишта која су у имовини фиска... Фискалне ствари су, наиме, као сопствена и приватна имовина принцепса... Ако о њима настане спор, он ће бити у надлежности префекта“.[6]

Два податка из Хадријанове биографије такође, бар на први поглед, указују на приватни карактер фиска.[7] Сличан смисао се, најзад, може приписати и текстовима у којима се супротстављају *fiscus* и *aerarium.*[8] Све то, ипак, не дозвољава да се реконструише комплетна слика имовинскоправног положаја принцепса, а још мање – што је, бар у почетку истраживања на ову тему, знатно утицали на оријентацију истраживача – да се извуку аргументи у прилог „претежно републиканског“ или „претежно монархијског“ карактера новог државног уређења. Тешкоће на које наилазе покушаји интерпретације су вишеструке. Најпре, већ поменута вишезначност, која одликује термин *fiscus* крајем републике, није се могла једноставно изгубити самом чињеницом да је Октавијан постао *princeps*: отуда је у различитим контекстима – као што је случај са наведеним Сенекиним цитатом у којем изједначава *fiscus* и *patrimonium* – могао да се односи на цезара као и на било које приватно лице. С друге стране, и даље су постојали *fisci provinciales*, а крајем I века се и у самом Риму појављују специјализовани *fisci* које чине средства одређеног порекла или намене.[9] Не може се *a priori* проценити да ли су они, у текстовима који термин *fiscus* помињу на уопштен начин, укључени у оквире појма или нису, а ни у којој мери би

5 Говорећи о границама обавезе да се одржи обећање, Сенека (de benef. 4. 39. 3) каже да ће „дати обећано јемство, али не и ако треба да јемчи за *incertum* пре ма фиску (*si spondere me incertum habebis*, *si fisco obligabis*)“. Џонс сматра да овде *fiscus* „јасно означава императорску управу у њеном финансијском виду“, A. H. M. Jones, (1950), 25.

6 D 43. 8. 2, 4: *Hoc interdictum ad ea loca, quae sunt in fisci patrimonio, non puto pertinere... res enim fiscales quasi propriae et privatae principis sunt. Igitur si quis in his aliquid faciat... si forte de his sit controversia, praefecti eorum iudices sunt.* Фраза *quasi propriae et privatae*, ипак, дозвољава различите интерпретације.

7 SHA Hadr. 7. 6 7: *pecuniam, quae fisco debebatur, privatis debitoribus... remisit syngraphis; damnatorum bona in fiscum privatum redigi vetuit omni summa in aerario publico recepta.* Биограф посебно наглашава да је Хадријан инсистирао на јасном разликовању његових приватних и јавних послова, *ibid*. 8. 3: *et in contione et in senatu saepe dixit ita se rem publicam gesturum ut scirent populi rem esse, non propriam.*

8 На пример, Tac. Ann. 2. 47; 4. 20; 6. 2 и I 7; Plin. Pan. 36 и 42; Suet. Vesp. 16. 3.

9 На пример, *fiscus Iudaicus, Alexandrinus, Asiaticus*, *frumentarius, castrensis.* Њихово место у финансијском систему није увек јасно, вид. P. A. Brunt, „The *Fiscus* and Its Development“, *The Journal of Roman Studies* 56/1966.

једно или друго решење утицало на закључак о природи принцепсовог фиска. Даље, већ и општи поглед на развој императорског управног апарата и његов политички положај показује да он током принципата непрекидно еволуира, и то не увек једносмерно: поред већ поменутог Хадријановог настојања да јасно раздвоји приватне и јавне финансије, сличан став Херодијан приписује и Пертинаксу.[10] Принцепс већ од Августа има ингеренције у управљању државним приходима који су исте природе као приходи републиканског трезора (*aerarium*), у првом реду сталне порезе од провинција којима је управљао. Да ли су ови приходи, и од када, чинили део принцепсовог фиска? Шта, уопште, обухвата овај назив и у којој мери је његова материјална основа институционализована? На другој страни, када се у текстовима помиње да је принцепс финансирао неку јавну корист *ex suo fisco*, тумачење се може кретати између „дестинације одређених средстава из фондова којима управља принцепс“ и обичног колоквијалног „плаћања из свог џепа“.[11]

Све ове нејасноће су у литератури имале за последицу спор о пореклу, природи и развоју принцепсовог фиска који до данас није разрешен, иако је у међувремену постало видљиво да у овој области, поред разлика у интерпретацији, има много неспоразума о предмету и циљевима истраживања. Први аутор који је покушао да одреди имовинскоправни положај императора, на основу анализе појмова *fiscus* и *patrimonium principis*, био је Теодор Момсен. Иако је открио елементе континуитета са републиканским традицијама у финансијској управи првих принцепса, он је ипак дошао до неочекиваног закључка да је *fiscus* од почетка приватна имовина владара.[12] Две године касније његовим закључцима се супротставио Хиршфелд, који је у фиску видео алтернативну државну касу, истина под принцепсовом управом, али ипак јавну у истом смислу као *aerarium.*[13] Каснији аутори су се углавном, бар начелно, опредељивали за једно од ових тумачења: једино је изван основне контроверзе остало мишљење, које је првобитно формулисао Митајс, да је фиск имао статус правног лица.[14] Али, важнија је околност да су учесници у расправи, укључивањем нових аргумената, доприносили употпуњавању слике

[10] Herod. 2. 4. 7

[11] F. Millar, „The *Fiscus* in the First Two Centuries“, *The Journal of Roman Stud ies*, 53/1963, 39 40; вид. и A. H. M. Jones, (1950), 25.

[12] Th. Mommsen, *Römisches Staatsrecht*, II[1], Leipzig 1874, 933 и даље.

[13] O. Hirschfeld, *Die kaiserlichen Verwaltungsbeamten bis auf Diokletian*, Berlin 1876, 8 и даље. Момсен је одговорио следеће године у другом издању своје књиге, прихвативши да су фактички патримонијална и фискална добра раздвојена, али остајући при првобитном ставу о правној природи фиска, Th. Mommsen, *Römisches Staatsrecht*, II[2], Leipzig 1877, 957.

[14] L. Mitteis, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, I, Leipzig 1908. Слично G. Boulvert, *Domestique et fonctionnaire sous le haut empire romain*, Paris 1974,

о развоју империјалних финансија и уносили нове моменте значајне за утврђивање правне природе фискалног система.[15] С обзиром на чињеницу да *fiscus* у изворима није дефинисан, нити је постојао као посебна императорска служба под тим именом, оправдано је указано на потребу да се у расправи његов појам прецизира.[16] Иако није могао да буде надокнађен недостатак потпунијих изворних података, из често оштро супротстављених анализа могу се извести, иако уопштени, готово јединствени закључци о смеру у којем се кретао развој императорских финансија.

Републикански промагистрати су Сенату подносили рачун о управљању додељеним финансијским средствима (*fisci provinciales*) по престанку функције. Август је управљао провинцијама по истим начелима, али ни он ни његови наследници, због природе свог мандата, нису били у прилици да реферишу Сенату о својим располагањима.[17] С друге стране, већ од Августа постала је незаобилазна улога принцепсових приватних фондова – из ратног плена или од прихода са имања – у финансирању јавних потреба града и државе, и на тој основи је растао утицај принцепсовог административног апарата на јавне послове.[18] У таквим околностима, иако се развој не може пратити у детаљима, *fiscus* – у смислу целине финансијских токова под контролом принцепсовог управног апарата – постепено добија све јаснији службени карактер. Током читавог принципата, међутим, *aerarium* остаје званична државна благајна. Отуда у текстовима из доба Антонина честа двојна фраза *fiscus et/aut aerarium*, која пре указује на паралелизам него на супротстављање. На основу бројних детаљних анализа извора, у којима су претресени сви расположиви подаци о начинима попуњавања фискалних фондова, о намени средстава и о организацији апарата који је контролисао финансијске токове под контролом принцепса, најближа реалном

---

44 фн. 262, као и P. A. Brunt, 86, који ипак наглашава да је „правно лице концепт који римски правници никада нису развили у експлицитну теорију“.

15 За детаљнији преглед схватања у литератури, посебно са становишта опредељења појединих аутора према Момсеновом или Хиршфелдовом концепту, вид. Alpers, 1 и даље.

16 H. Last, „The *Fiscvs*: A Note“, *The Journal of Roman Studies* 34/1944, 51 и даље. По његовом мишљењу, *fiscus* је „онај део финансијског система Римског царства који је контролисао принцепс, укључујући и имовину (assets) тог дела уколико није припадала приватној имовини принцепса“. „Особље које је спроводило управу над фиском у Риму, заједно са зградом која је била његова пословна адреса, уколико је таква постојала“, он назива *fiscal office*. Џонс је сматрао да у Риму уопште није било, бар у време прве династије, неке централне касе у којој би се сакупљала средства која чине материјалну основу фиска; он, насупрот Ласту, приватну имовину принцепса сматра саставним делом фиска, A. H. M. Jones, (1950), 26.

17 *Ibid*., 24.

18 Вид. нарочито C. H. V. Sutherland, „*Aerarium* and *Fiscus* during the Early Empire“, *The American Journal of Philology*, 66, 2/1945, 151 и даље.

стању изгледа оцена коју је изнео Казер: да је фиск правно хибридна конструкција, недовршена и остављена да балансира између приватне и државне сфере.[19] У том својству, може се додати, и недовршени прототип правног лица.

Проблем утврђивања правне природе принцепсове имовине у правно-техничком смислу (*patrimonium principis*) у овим расправама је имао подређену улогу, свакако зато што је, барем почетком принципата, термин морао имати смисао уобичајен у римском праву: то је била имовина принцепса у својству римског грађанина. Истина, конкуренција са појмом *fiscus* је, бар заговорницима схватања о приватном карактеру фиска, наметала обавезу да одреде однос ова два назива за исти предмет, што се најједноставније решавало констатацијом да се ради о синонимима. Прихватљивије је, међутим, објашњење према којем различити термини – као што је то, уосталом морао бити случај и у републици, када су се користили у односу на приватна лица – изражавају различите аспекте предмета: *fiscus* је „каса“, а *patrimonium* скуп ствари (односно права) једног субјекта.[20] У оквиру исте концепције фиска ни еволуција патримонијума није самосталан проблем, јер он постаје јавноправна категорија упоредо са „конституционализовањем“ принцепсове касе. За ауторе који у фиску виде од почетка алтернативну државну благајну *patrimonium principis* је самосталан појам, али није од превеликог значаја за аргументацију у оквиру основне теме о природи фиска. Због тога су многи подаци, везани за ову – могло би се рећи, насупрот финансијској, натуралну страну принцепсовог имовинскоправног положаја – у наведеним анализама привукли мању пажњу. Али, ако циљ истраживања није „објективно“ утврђивање природе фиска (а посредно и природе принципата, што је био важан подстицај за део истраживача на овом пољу), него место принцепса и његове имовине у приватном праву, *patrimonium* добија место централног појма.

Фактички историјат царске имовине почиње приватноправним наследствима која је Октавијан добио од своје породице и адоптивног оца, Гаја Јулија Цезара. И он и каснији владари његове династије су наставили да увећавају имовину наслеђивањем и легатима при-

---

[19] M. Kaser, *Das Römische Privatrecht*, I^2, München 1971, 305 фн. 22. Његове оцене о појединим аспектима развоја фиска су, међутим, осцилирале у различитим издањима овог и другог дела његовог приручника (Вид. M. Alpers, 7 фн. 26). Један од важних аргумената у прилог схватању о приватном карактеру фиска је увођење функције *advocatus fisci* од стране Хадријана (F. Millar, 33: „...*privatus* може, али *res publica* (или њен део) не може да води спор или да ангажује *advocatus* а“). Вид., међутим, P. A. Brunt, 84 и нарочито A. Agudo Ruiz, *El advocatus fisci en derecho romano*, Madrid 2006, 37 и даље.

[20] Вид. M. Alpers, 4 фн. 14; објашњење је дао E. Lo Cascio, иначе најдоследнији актуелни заступник Момзенове теорије.

ватних лица, иако можда понекад под сумњивим околностима: у сваком случају, приватноправна техника стицања не оставља никакве сумње у погледу приватног карактера тако стечене имовине, иако је позиција владара несумњиво утицала на опредељења тестатора.[21] Али, у тој области се ускоро појављују и формална одступања од правила која важе за грађане: у доба Антонина легати у корист императора неће бити ништави ако тестатор надживи легатара, већ легат припада наредном владару (вероватно независно од тога да ли је приватноправни наследник легатара).[22]

Ово је био наговештај једне појаве од општег значаја за даљи развој имовинскоправног положаја владара, која, истина, није последица формалног одступања од норми цивилног права, али увелико мења услове за његово утврђивање. Август је оставио тестамент (у корист Тиберија и Ливије), али је Тиберијев тестамент Сенат поништио у корист Калигуле, а затим и Клаудијев у корист Нерона.[23] После Нерона и грађанског рата 68–69. године, Веспазијан је са титулом принцепса преузео и целокупну имовину Јулијеваца-Клаудијеваца, и од тада нема података да су владари уопште састављали тестаменте: нови принцепс је, без изузетка, преузимао и целокупну имовину претходног – ону коју је и сам стекао са титулом и ону коју је поседовао раније, као приватно лице.[24] Могуће је да владари нису састављали тестаменте због мале вероватноће да ће бити примењени, или да се пракса претворила у норму због значаја принцепсове имовине за функционисање државе.[25] Ипак, вероватније је да ову промену треба посматрати у контексту еволуције фиска и улоге владара у јавном финансијском сектору. Како се постепено замагљивала разлика између његових располагања државним фондовима и великодушне подршке „народу" из приватних средстава, *patrimonium principis* је све теже било разликовати од ратног плена, нерегуларних наследстава, легата и поклона, прихода од пореза и др. „Каса (*fiscus*)" из које се финансира делатност владара тешко се могла посматрати независно од „добара (*patrimonium*)" која су доносила новац за њено попуњавање, спајајући

21 Вид. P. A. Brunt, 78.

22 Gai. D 31. 56: *Quod principi relictum est, qui ante, quam dies legati cedat, ab hominibus ereptus est, ex constitutione divi Antonini successori eius debetur.* Дион Касије ову новину приписује већ Калигули, али наводи да је касније укинута (Dio Cass. 59. 15; 60. 6).

23 P. A. Brunt, *ibid.*

24 По једном податку, Антонин Пије је саставио тестамент (SHA Pius 12. 8), али по другим, и он и Марко Аурелије су се за породицу побринули пословима *inter vivos*, из имовине коју нису стекли као владари (*ibid.* 7. 9; SHA Marc. 4. 7). Занимљива је у овом погледу и анегдота о Антонину (SHA Pius 4. 8), вид. A. Masi, *Richerche sulla* res privata *del* princeps, Milano 1971, 4 и даље.

25 Тако P. A. Brunt, *ibid.*

се при томе са „непатримонијалним“ изворима прихода као што су провинцијски порези. Из тог разлога, недостатак поузданих података о томе да ли је имовина коју је *fiscus* стицао на основу кадукарних закона (*bona caduca et vacantia*) или имовина осуђених лица (*bona damnatorum*) постајала део патримонијума или не, вероватно нема већи значај за анализу приватноправног положаја владара.[26]

И *patrimonium* је, на тај начин, до II века искорачио из стриктних оквира цивилног права. Непокретности које припадају владару нису биле, или бар не искључиво, предмет његове цивилне, бонитарне или провинцијске својине, већ и објекти регулативе која се постепено формирала око јавне функције принцепса. Правници тај комплекс норми нису ни покушали да претворе у систем и одреде његов однос према приватном праву.

Можда у време Антонина Пија, али сигурно за владавине Септимија Севера, основана је још једна финансијска управа, под називом *res privata*.[27] Назив сугерише да је мотив било издвајање одређене масе добара из дотадашњег правног режима, фискалног или патримонијалног, да би се обновила имовина којом владар располаже у својству грађанина. Подаци су ипак недовољни да се потврди овакав смисао реформе, а поготово да се одреди која имовина добија нови третман. Хиршфелд је закључио да је свакако *patrimonium* наставио да постоји без промена, дакле као „крунска имовина“ која припада владару на основу функције, а да нова *res privata* има приватноправни режим.[28] Карлова је, напротив, сматрао да је патримонијуму враћен изворни смисао приватне имовине, а да је *res privata,* у ствари, коначно озваничена „имовина круне“.[29] Питање, с обзиром на правно недоречени положај принцепса, свакако заслужује пажњу, и већина аутора који су се бавили овом проблематиком се опредељивала за једно или друго објашњење. Одлучујућих аргумената, ипак, није било ни за једно од ових решења, а могуће је да нема ни много разлога, бар за потребе правне анализе, да се они траже.[30]

Крајем принципата, дакле, римски императори располажу непокретним добрима која се, потенцијално, могу поделити у три

[26] Опширну дискусију о овоме вид. код F. Millar, 34 и даље, и P. A. Brunt, 79 и даље.

[27] Спарцијан ову новину приписује Септимију (SHA Sev. 12. 4), али један натпис из доба Антонина Пија садржи текст *procura[tor rei]privatae* (CIL 8.810).

[28] O. Hirschfeld, *Die kaiserlichen Verwaltungsbeamten bis auf Diokletian*, Berlin 1905², 18 и даље.

[29] O. Karlowa, *Römische Rechtgeschichte*, I, Leipzig 1885, 505 и 841.

[30] A. Masi, 53, сматра да је ово раздвајање имовинских маса страно римским правницима и да је извршено само на функционалној основи. Вид. и A. H. M. Jones, *The Later Roman Empire*, I, Oxford 1964, 416.

категорије: патримонијална, фискална и *res privata*. Разликовање је засновано на спорадичним квалификацијама у временски удаљеним изворима, па се не може тврдити да је реч увек о јасно дефинисаним категоријама. Још је мања могућност да се установе разлике између њих у погледу правног режима, порекла или намене. Зато их је могуће изучавати само као јединствену целину, узимајући податке који се односе на неку од категорија као подједнако релевантне за имовинскоправни положај владара: исто вреди и за ефекте њиховог правног уређења на цивилно право.

III

У току принципата се царска администрација земљишних поседа, бар у начелу, не разликује од оне којом су располагали приватни велепоседници. Али, велики број имања, расутих на целој територији империје, условио је формирање својеврсне чиновничке хијерархије. Поред централне управе за поједине врсте имовине, постојале су и управе у појединим провинцијама. Ако су имања у некој провинцији била посебно бројна и значајна, као што је био случај у Африци, она су се делила на неколико мањих целина (*tractus*), а ове на *regiones* који су обухватали по неколико поседа.[31] Уобичајени назив за управнике, без обзира на ранг, био је *procurator*. На нивоу имања, региона, а понекад и провинције, то је могао да буде ослобођеник, али су виша звања била обично резервисана за припаднике еквестарског реда. Сваки прокуратор је имао на располагању помоћнике, а већ на нивоу тракта они су формирали разгранате службене апарате. Оваква организација управе, независно од овлашћења чиновника, једва да се могла разликовати од императорске управе јавним службама и несумњиво је остављала на спољашњег посматрача званичан утисак.

Нема, међутим, сумње да су царски чиновници располагали и полицијским овлашћењима. Уколико је имање било екстериторијални салтус или *fundus exceptus*[32] – својство које се најпре могло очекивати у случају императорских поседа – његов прокуратор није могао

[31] Детаљније A. Schulten, *Römische Grundherrschaften*, Weimar 1896, 58 и даље; R. His, *Die domänen der römischen Kaiserzeit*, Leipzig 1896, 3 4; J. Kolendo, „La hiérarchie des procurateurs dans l’inscription d’Ain el Djemala“, *Revue des études latines* 46/1968, 319 и даље.

[32] Приватни поседи који нису део територије неког града, и стога су сами својеврсна територија, представљају у принципату нов аграрни феномен, који је по Момсену „са римским појмом града и државе практично и теоријски неускладив“, Th. Mommsen, „Decret des Commodus fur den Saltus Burunitanus“, *Hermes* 15/1880, 396.

имати мање права него власник или управник приватног велепоседа. Потреба за већом ефикасношћу управе водила је, у сваком случају, сталном проширивању њихових овлашћења. Мада су извори донекле противуречни, што је можда знак недоследне политике на овом плану, они прилично јасно показују тенденцију да се прокуратори по положају приближе магистратима. У II веку су добили право да одржавају ред на имањима која су им поверена.[33] Истовремено им је, међутим, ускраћена јурисдикција: често понављање ове забране вероватно треба сматрати знаком склоности прокуратора да узурпирају овлашћења, али и постојања објективних услова за то.[34] Насупрот оваквим начелним декларацијама, императори су у неким случајевима, такође у доба Антонина, и формално делегирали прокураторима *ius multae*.[35] Из једног Улпијановог текста се може закључити да прокуратори, пошто немају јурисдикцију, немају ни редовну надлежност, али им је император може доделити за одређене врсте кривичних дела.[36]

Комбиновање елемената јавног и приватног права у организацији императорских латифундија представљало је, очигледно, феномен стран класичном праву и оно никада није успело да га сведе на своје традиционалне појмове. Још далекосежнији утицај на перцепцију принцепса као имовинско-правног субјекта имао је дуализам његовог положаја као земљопоседника. Посматрана са стране, фискална/патримонијална земљишта су још некако и могла да се дефинишу као *res quasi propriae ac privatae principi*; она су сасвим другачије изгледала лицима која су на њима живела и радила. Император је био власник, али и неоспорни законодавац, и та два својства су са становишта његових колона, закупаца и прокуратора била неодвојива. Када он, да би унификовао начин експлоатације својих домена и систем односа на њима, донесе одговарајући нормативни акт или на то овласти своје прокураторе, за правника је то могао бити *lex locationis* или *consuetudo praedii*, али је за заинтересована лица то био закон. Управо од таквих аката су у највећој мери зависили услови живота на императорским поседима, што значи и фактич-

33 Callist. D 1. 19. 3, 1d.

34 *Ibid*, pr.; CI 1. 52. 2; 3. 26. 1; h. t. 3; 9. 47. 2; 9. 20. 4 (конституције су из доба Севера).

35 *Lex metalli Vipascensis* (CIL 2.5181, C. G. Bruns, *Fontes*, I[7], Tubingen 1909, N° 112), 30. ред; *Lex metallis dicta* (ibid. N° 113), 27 28 ред.

36 Collatio, 14. 3. 2; *...nec aliter procuratori Caesaris haec cognitio iniungitur, quam si praesidis partibus in provincia fungatur. Plane post sententiam de Fabia latam procuratoris partes succedunt huiusce rei. 3. Attamen procurator qui nullam provinciam regit licet de capitalibus causis cognoscere nec soleat, tamen ut de lege Fabia possit cognoscere, imp. Antoninus constituit. Idem legis Iuliae de adulteris etc.* Слично CI 10. 8. 1 (из 216. године).

ки и правни положај лица животно везаних за *saltus*, на исти начин као што су становници градова везани за своју *civitas*.

IV

Значајни подаци о оваквим „законима" сачувани су у епиграфском облику. Посебно место, због обима и садржаја. има неколико споменика насталих у време Антонина и Севера, који дају исцрпне податаке о организацији две правно-економске целине под управом принцепсових службеника.

Две бронзане плоче, откривене 1876. и 1906. године код места Алжустрел на португалском југу, садрже документе о уређењу рударске области Випаска у провинцији Лузитанији. На првој плочи је сачуван део текста својеврсног статута Випаске који уређује услове за обављање различитих делатности у области, која је очигледно била ванградска територија и отуда у искључивој управној надлежности царских прокуратора.[37] Други документ је део *lex metallis dicta* из доба Хадријана, уредба која је вероватно примењивана на широком простору, ако не и у целом царству, као нормативни оквир за рударску делатност у сличним областима под контролом императора.[38]

На основу докумената се не може непосредно закључити каква је правна ситуација рударске области.[39] Царски прокуратор, међутим, има неуобичајено широка овлашћења, укључујући право да изриче казну конфискације и прогонства,[40] а нема речи о другим функционерима са којима би делио власт. Лузитанија је, поред тога, била царска провинција, што је свакако владару омогућавало да са мање формалних тешкоћа својим чиновницима делегира судска овлашћења.[41]

---

[37] Закупци дажбина обављају своју активност *intra fines metalli Vipascensis* (*Lex metalli Vipascensis*, 1 9 и 59 61 ред); бербери имају монопол *in vico metalli Vipascensis inve territorio eius* (ibid. 37 8 red). Терминологија се понавља и у *lex metallis dicta* (27 9; 32 5 ред). Вид. A. M. Hirt, *Imperial Mines and Quarries in the Roman World*, Oxford 2010, 48 и даље. О натпису из Випаске, у контексту античке атинске регулативе о екплоатацији руде, вид. више Г. Тир, „Уговор о искоришћавању рудника из атинског права (*IG* II^2 411)", *Анали Правног факултета у Београду* 1/2007, 34 43.

[38] О правној природи документа вид. J. B. Mispoulet, *Le régime des mines à l'époque romaine et au moyen âge d'après les tables d'Aljustrel*, Paris 1908, 6 и даље.

[39] A. M. Hirt, 82 и даље, наводи да је готово опште мишљење да су рудници били део патримонијума, али сам верује да су, у начелу, припадали држави. Његова аргументација у том правцу, бар када је реч о Випаски, ипак није довољно убедљива (*ibid.*, 93).

[40] Вид. фн. 35.

[41] По Улпијану, „нема ничега у његовој провинцији о чему он (проконзул) не одлучује, Али, када се ради о новчаној фискалној ствари, која припада прокураторовој

Из истог разлога, припадност рударске области патримонијуму је вероватнија него да је реч о сенатској провинцији.

Међу правилима *lex metallis dicta,* са становишта односа владара према приватном праву, највећу пажњу привлаче одредбе о правном уређењу екстракције руде. За разлику од других пословних активности на територији Випаске, које су се обављале на основу уговора о закупу и концесионари су се зато називали закупцима (*conductores*), отварање рударских јама и њихово искоришћавање су подвргнути поступку за који нема паралеле у правничким текстовима. Заинтересовано лице (*occupator* или *colonus*) је могло једнострано да заузме простор (*locus*) на којем намерава да обавља ископавање руде; исто је могло да уради и са напуштеним окном, или је могло да купи неко које је управа области конфисковала од претходног корисника. Пошто овај акт озваничи плаћањем извесне дажбине, припада му право на половину окна[42] и обавезан је да у року од 25 дана предузме припремне радове: уколико то не учини, или прекине активности на 10 дана, окно је слободно за окупацију других заинтересованих лица.[43] У овом периоду је *occupator* дужан да од фиска откупи другу половину окна, јер без тога не може да приступи ископавању.[44] Када испуни наведене услове, окно му је „асигнирано":[45] али, он не сме да прекине експлоатацију на дуже од шест месеци, и евентуално има обавезу да плаћа *vectigal* који износи половину екстрахованог материјала.[46] Право, које на „асигнираном" окну стиче колон који се придржава описаног поступка, у документу се назива *proprietas*.

Осим донекле неочекиване терминологије у различитим елементима овог аранжмана – на пример, употреба термина *adsignatio*

јурисдикцији, боље ће учинити ако се уздржи" (D. 1. 16. 9pr.: *Nec quicquam est in provincia, quod non per ipsum expediatur. Sane si fiscalis pecuniaria causa sit, quae ad procuratorem principis respicit, melius fecerit, si abstineat*).

[42] A. M. Hirt, 263 4, сматра да се ради о физичким деловима јаме, при чему под *dimidia pars fisci pertinens* подразумева половину екстрахованог материјала, која припада „фиску"; вероватније је, међутим, да се актом окупације стиче право на идеалну половину окупиране парцеле, упор. J. B. Mispoulet, 10 и даље.

[43] *Lex metallis dicta*, 7 10 ред: *Qui ex numero puteorum quinque unum ad venam perduxerit, in ceteris sicut supra scribtum est opus sine intermissione facito; ni ita fecerit [alii] occupandi [ius] esto. Qui post dies XXV praeparationi impensarum datas opus qui dem statim facere coeperit, diebus autem continuis decem postea in opere cessaverit alii occupandi ius esto.*

[44] *Ibid*., 45: *puteos quos occupaverit adsignatosque acceperit...*

[45] *Ibid*, 11 2: *Puteum a fisco venditum continuis sex mensibus intermissum alii occupandi ius [es]to ita ut cum venae ex eo proferentur ex more pars dimidia fisco salva sit.*

[46] У новијој литератури је спорно да ли је обавеза плаћања вектигала терети ла све колоне или само део њих, зависно од начина на који су стекли окно, вид. A. M. Hirt, 262.

без видљивог акта јавне власти, или назива *colonus* за лице које није ни насељеник, ни закупац, ни земљорадник – што су редовне ситуације на које овај назив указује, за тему ове анализе су најзанимљивија одступања од неких добро познатих решења класичног права.

Најпре, то је обавеза колона да откупи половину окна која припада фиску, под претњом конфискације. У класичном праву је могуће додати уговору о продаји различита *pacta adiecta*, али овде однос између фиска и колона не настаје уговором, већ једностраним актом окупације; поред тога, санкција за непоштовање ове обавезе није накнада штете, већ конфискација већ стечене „половине права". Сличне измене класичних правила могу се запазити и у делу уредбе којим се уређује право колона да стварају пословна удружења.[47] За разлику од редовног ортаклука, овде је сваки ортак обавезан да учествује у подели трошкова сразмерно свом уделу. Уколико не испуни обавезу, ортак који је поднео те трошкове га је три дана, преко гласника, на јавном месту позивао да их надокнади; ако ово не би дало резултате, дужник је губио свој део права на окно у корист онога ко је платио трошкове.[48]

Некласична је и употреба термина *proprietas* за означавање права која на рударском окну имају оба учесника у односу, фиск и *colonus*. Према већ наведеном Гајевом тексту[49] – као и према низу других, јер је реч о једном од темељних начела класичног права – појединац је, истина, могао да има могућност трајног коришћења провинцијског земљишта, као и да њиме располаже: али, та могућност се једва схвата као право, а свакако не као својина. Под претпоставком да је земљиште о којем је реч припадало принцепсовом патримонијуму, право које се „асигнира" колону не би могло да буде својина у класичном смислу, чак и ако се занемаре готово прекарни услови асигнације. Поготово *proprietas*: то је и у правничким текстовима знатно ексклузивнији назив за својину – *dominium* се још и може наћи у нестандардној примени.[50]

Објашњењу овог терминолошког куриозитета доприноси други низ докумената насталих у знатно другачијим околностима, на тлу једне проконзуларне провинције. Област данашњег Туниса је током целог царства једна од најважнијих пољопривредних регија и место највеће концентрације императорских латифундија.[51] На том про-

47 *Lex metallis dicta*, 12 ред и даље.

48 На ова одступања је указао J. B. Mispoulet, 14; 26 и даље. Али, бар што се тиче последњег, Брунс наводи D. 17,2,52,10 (*de oratione Divi Marci quae socio qui cessantium portiones insulae restituerit, dominium totius rei dedit*) као могућу аналогију, истина нешто каснију од *lex metallis dicta*, C. G. Bruns, 294 фн. 1.

49 Вид. фн. 1.

50 Вид. М. Милошевић, *Римско право*[5], Београд 2009, 262.

51 A Schulten, 119 fn. 120; A. H. M. Jones, 1964, 415 6.

стору је, почевши од 1880. године, откривен већи број натписа чији текстови су међусобно повезани на начин вероватно незабележен у епиграфици. Најстарији,[52] из доба Трајана, садржи уредбу царских прокуратора којом се односи на једном велепоседу уређују на основу, иначе непознатог, *lex Manciana*. Неколико година касније састављен је други натпис[53] који садржи молбу неких лица да им се одобри обрада извесних земљишта под условима поменутог закона, и уредбу (*sermo*) којом им прокуратори излазе у сусрет, али позивајући се на (такође непознати) *lex Hadriana.* На трећем натпису[54] је уклесана иста прокураторска уредба, али 198–212. године. Најзад, најраније откривени натпис[55] овековечује жалбу колона са имања *saltus Burunitanus* на злоупотребе прокуратора и закупаца имања који се оглушују о правила *lex Hadriana*, и Комодов декрет у њихову корист.

Допуњени током времена мањим натписима и, нарочито, уговорима о продаји из вандалског периода[56] (крај V века) који показују временски распон и ширину простора у којима је регулатива из доба Антонина била витална, афрички натписи су остали најсадржајнији извор за упознавање императорских аграрних домена. Из угла правног развоја владареве имовине, међутим, посебну пажњу привлаче неочекиване аналогије с анализираним документима из Випаске. Иако се ради о сасвим различитим привредним активностима, неки важни елементи уређења односа између власника (императора) и „непосредних произвођача" су до те мере слични, да се намеће утисак о свесној тежњи аутора уредби да се механизам искоришћавања патримонијалних (или фискалних) ресурса што више уједначи. И афрички сељаци, као лузитански рудари, називају се „колонима", колико год за рударе овај назив изгледао непримерен; и једни и други стичу парцеле техником *occupatio* и *adsignatio*; најзад, и на афричким салтусима се тим поступком стиче неко право звучног назива – у овом случају то није *proprietas*, већ, зависно од документа – *usus proprius*, *ius colendi* или *ius possidendi ac fruendi heredique suo relinquendi*. Ови појмови су у време открића докумената подстакли настојања великог броја истакнутих аналитичара да им нађу место у оквиру установа класичног права, али правих резултата није било и ентузијазам се последњих деценија изгубио.[57]

---

52 Уобичајено се назива „натпис из Хенхир Метиха" (*Henchir Mettich*), C. G. Bruns, N° 114.

53 Натпис из Аин ел Џемале (*Ain el Djemala*), *ibid.* N° 116.

54 Аин Уасел (*Ain Ouassel*), *ibid.* N° 115. Још један сличан натпис откривен је 1999. године, вид. G. Sanz Palomera, „Nuevos fundamentos sobre la *lex Hadriana:* la inscripción de Lella Drebblia", *Gerion* 25, 1/2007, 371 и даље.

55 Сук ел Кмис (*Souk el Khmis*), C. G. Bruns, N° 86.

56 Chr. Courtois et al., *Tablettes Albertini*, Paris 1952.

57 За старију литературу вид. M. Rostowzew, *Studien zur Geschichte des römischen Kolonates*, Leipzig Berlin 1910, 191 2; упор. Сомањев (*Ch. Saumagne*) ко

При покушају да се решења и појмови из прокураторских уредби упореде са правом познатим из Дигеста, најпре се уочава једна, могло би се рећи, генетска разлика. Класично право је развијено на анализи процесне заштите која је највећим делом настала са једноставним циљем да се постигне мирно решавање спорова: правници су из услова процесне заштите изводили правила која су постајала део материјалног права. Социјално-економска функција права је остајала у другом плану и правнички текстови о њој у начелу не воде рачуна. У документима о уређењу империјалних домена, напротив, једва да се може говорити о процесним механизмима, али је зато ванправни смисао њихових норми лако уочљив. Циљ уредби које доносе прокуратори је да се осигура ефикасно искоришћавање домена, што је подразумевало привлачење потребне радне снаге. Отуда су „правне установе" чијим посредством је требало да ови односи буду уређени, најпре материјално-правно дефинисане у складу са замишљеном функцијом. Процесна заштита је у другом плану, јер су се углавном очекивали евентуални спорови између управе домена и њених агената, с једне и колона, с друге стране, што значи на административном, а не на цивилном терену. Спорови између самих колона су у другом плану и на њихово решавање су, судећи по документима из Випаске, такође примењивани једноставни управни механизми. Терминологија којом се означавају „права" намењена колонима, према томе, нема исти смисао као називи класичних установа: она нема за циљ да упути на избор процесне заштите, већ да укаже на друштвени и економски садржај односа који се нуди заинтересованим лицима. Искључена из редовне правосудне заштите, ова „права" нису имала ни место у правном систему, и отуда је расправа о њиховој правној природи у оквиру римског права депласирана.

Свакако, има смисла покушај да се утврде мотиви за избор управо поменуте терминологије. У неким случајевима он је јасан на први поглед – *ius possidendi ac fruendi heredique suo relinquendi* је опис целокупног садржаја „права", истина са нетехничком употребом термина *possidere*, а *ius colendi* указује само на на економски смисао права. Занимљивији су *usus proprius* и, нарочито, *proprietas*. Могуће је да су они производ свесног напора да се нове установе обликују у складу са признатим канонима правног мишљења – уредбе прокуратора су инспирисане из принцепсове канцеларије, у којој тада већ раде признати правници;[58] други термин можда показује и наговештај

ментар таблица Албертини (Chr. Courtois et al., нарочито 135); J. Peyras, „La *potestas occupandi* dans l'Afrique romaine", *Dialogues d'histoire ancienne*, 25, 1/1999, 129 157; A. K. Bowman, P. Garnsey, D. Rathbone, *The Cambridge ancient history: The High Empire*, A. D. 70 192, Cambridge 2000, 530 и даље (C. R. Whittaker).

58 Упор. A. A. Schiller, „Bureaucracy and the Roman Law", *7 Seminar (Jurist)* 26 /1949, 449 и даље.

свести о потреби да се римски концепт својине релативизује и прилагоди ситуацијама којим изворно није био намењен.[59] Све то, ипак, остаје изван оквира класичног права, и евентуално има дејства на развој појмова у наредном периоду, када се право ослобађа окова формуларног поступка: истовремено, оно се, нажалост, лишава подршке креативне доктрине.

Документи о царским доменима показују да је хибридни, правно недоречени карактер фиска-патримонијума-*res privata* у контексту класичног права, знатно брже превазиђен на унутрашњем плану. Императори „легалисти" из династије Антонина су на простору у који цивилно право није имало приступ, и који је био у искључивој надлежности владара-власника и његових агената, стварали аутономни поредак који је имао сопствена начела и начин размишљања ослобођен традиционалних ограда. Када су на сличан начин интервенисали у односима између грађана, настајале су норме које правници нису ни покушавали да сместе у оквире свог система, као што је случај са мерама заштите робова од сурових господара. „Права" колона на доменима по својој природи су знатно ближе оваквим интервенцијама него рескриптима истих тих владара, којима су дограђивали традиционалне установе.

Dr. Miroslav Milošević

Associate Professor
University of Belgrade Faculty of Law

PATRIMONIUM PRINCIPIS

Summary

In the studies devoted to the changes the introduction of principate brought to the roman law and the roman comprehension of state, discussion of the legal nature of the princeps' treasury (*fiscus*) and its property (*patrimonium*) has a significant place. The author reviews results achieved in the literature so far, and concludes that the problem can not be solved from the standpoint of the classical Roman law, because the very position of princeps was hard enough to synchronize with the traditional Roman understanding of the state. Moreover, this position was

59 Вид. S. Lazzarini, *Lex metallis dicta: studi sulla seconda tavola di Vipasca*, Roma 2001, 141 фн. 273. Већ је Миспуле сматрао да се овде ради заиста о својини, али прилагођеној условима рударства, као што је то случај у праву XIX века (J. B. Mispoulet, 13 и 53).

legally upgraded by the *principes* themselves, often with the violation of traditional boundaries of public and private spheres. Internal organization of the imperial domains has additionally contributed to this, being systematically constructed as an autonomous legal space isolated from the classical principles of law.

Key words: *Fiscus. – Patrimonium principis. – Princeps. – Procurator. – Principate*.

УДК 342.726-055.2(497.5)"14"

Др Вилма Пезељ

ванредни професор Правног факултета Универзитета у Сплиту

ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ ЖЕНЕ У СРЕДЊОВЈЕКОВНОМ ПАГУ

У раду се анализирају важнија питања која одређују правни положај жене у средњовјековном Пашком статуту. Упоредо се указује на одговарајућа решења тих питања у другим далматинским статутима, нарочито Задарском и Шибенском, чије заједничко порекло из старог, несачуваног Задарског статута пружа добре могућности правноисторијске анализе.

На почетку рада се указује на изворе пашког средњовјековног права, нарочито с обзиром на потребе ове теме, а у средишњем су делу обрађена питања везана за правни положај жене у статусном, породичном (укључујући и брачно), имовинском, процесном и кривичном праву. Настојања градских власти да спрече стицање имовине од стране странаца, као и настојање да се спречи подела породичне имовине кроз мираз, представљају према мишљењу аутора главне разлоге који су у крајњој линији довели до инфериорног положаја жене у статутарном правном систему.

Аутор закључује да се у Пашком статуту јасно може сагледати утицај суседног Задарског статута из 1305. године (али и старијег, несачуваног Задарског статута), као и хрватског односно хрватско угарског права из непосредног залеђа. То јасно говори о бројним правним трансплантима и позајмицама у статутима средњовјековних далматинских градова.

Кључне речи: *Правни положај жене. Пашки статут. XV век. Далматинско статутарно право. Правни транспланти.*

1. УВОД

Након начелне изједначености права полова у Јустинијанову раздобљу,[1] правни пореци раног средњег вијека жени намећу низ

[1] E. Besta, *Le persone nella storia del diritto italiano*, Padova 1931, 33; P. S. Leicht, *Storia del dirito italiano. Il diritto privato. Parte prima, Diritto delle persone e*

јавноправних и приватноправних рестрикција,[2] од којих су се неке одржале и у комуналним правним системима. Тако је и правни положај жене у далматинском статутарном праву по правилу неповољнији од положаја мушкарца, премда је сваки статут имао другачију правну регулативу.

Пашки статут из 1433. године је темељни извор пашког средњовјековног права.[3] Но, о правном положају жене у средњовјековном Пагу, осим извора насталих у самоме Пагу, важна сазнања нуде и извори везани за град Задар, у чијој је непосредној власти Паг био до XII вијека и с којим је Паг био повезан привредним, политичким, културним, црквеним и другим везама.[4] То се првенствено односи на Задарски статут,[5] као и на бројне сачуване записе задарских

di famiglia, Milano 1960, 95; M. Kaser, *Das Römische Privatrecht, II,* München 1975, 108 110.

2 Вид. детаљније на пример P. Ketsch, A. Kuhn, *Frauen im Mittelalter,* Band 2, Düsseldorf 1984, 146; M. T. Guerra Medici, *I diritti delle donne nella societŕ altomedie vale,* Napoli 1986, 116; G. Dubby, M. Perrot, *A History of Women in the West*, Harvard 1994, 174; E. Ennen, *The Medieval Woman*, Oxford 1989, 29.

3 *Statuta communitatis Pagi, Venetiis,* 163 (даље: Пашки статут). Пре Пашкога статута користили су се обичаји наслеђени још из времена родовског уређења. Власти у Задру и Пагу често су консултовале пашко Вијеће да би утврдили да ли поједини обичаји стварно постоје. Венеција је дала налог да се попишу прописи темељени на обичајном праву, на што су Пажани предложили преко 90 одредби, којима су Задрани додали још 30, вид. више M. Suić, *Pag*, Zadar 1953, 41. Осим тога, на предлог пашких племића и прокуратора Растиње Палчића и Јурја Крлете, било је изабрано осам чланова Великог вијећа који су имали израдити нацрт новог статута. Статут је одобрен од Венције 1433. године. Касније су уз текст овог статута биле дописане накнадне одредбе и прописи, а статут је објављен 1637. године.

4 Оток Паг био је на размеђи интересних сфера Задра и Раба више од два стољећа. О односима између тих градова вид. више M. Suić, *Pag*, Zadar, 1953, 36; I. Beuc, „Statut zadarske komune iz 1305. godine“, *Vjesnik Državnog arhiva u Rijeci* (Vje snik DAR) II/1954, 524; M. Granić, *Proces formiranja paške srednjovjekovne komune i Velikog paškog vijeća do njegova ukinuća*, Zadar 1987, 237; L. Čoralić, *Venecija. Kra ljica mora s lagunarnih sprudova. Povijest Mletačke Republike*, Samobor 2004, 44 47. Осамдесетих година XIII века појавио се спор између Задра и Раба око граница територија што су их поседовали на Пагу. Посредовао је крчки кнез Фридрик и пресудио спор у корист Рабљана. На жалбу Задрана млетачки је Сенат послао 1292. године на Паг комисију која је утврдила границе. Према одлуци комисије Рабу су припали Новаља, Часка и Лун, а остало Задру. Према Суићу борба за овај део отока се наставила све до 1538, када је спор решен тако да је Ћаска досуђена Пагу, а Новаља је остала Рабљанима. M. Suić, (1953), 28, 39; S. Antoljak, *Izvori i literatura o prošlosti otoka Raba od ranoga srednjeg vijeka do godine 1797*, Zadar Rab 1986, 22 24, 28; N. Klaić, „Paški falsifikati“, *Radovi Filozofskog fakulteta* (Historijska grupa), Zagreb, 1/1959, 20, 21. Упор. *Codex diplomaticus*, *Supplementa,* vol. II, Zagreb 1998, 110/181, 111/182, 112/183, 113/186, 115/187, 117/192. За критику наведених извора вид. S. An toljak, 26 и даље. О власти осорских кнезова над Пагом постоје противречни подаци: *Codex diplomaticus*, *Supplementa*, vol. I, Zagreb 1998, 37/75, 38/76; 40/77; 55/94.

5 Одредбе Задарског статута које се односе на Паг: V, 22 (плаћање службеника ривира који пође на Паг); III, 78 (о овлашћењима власника животиња који је предао

нотара.[6] Међу њима се по значају издвајају нотарски записи које је сачинио задарски бележник и плаћени писар пашке комуне (*notarius*

на испашу живину у задарскоме котару или на Пагу упор. Пашки статут IV, 66); III, 97 (жена удата на словенском подручју не сме имати део у родитељским добрима, осим ако супруг има трајно боравиште у Задру одредба се односи на Пажане и њихове поседе из очинске односно материнске баштине); V 6, 7 (Пашки кнез дужан је свака три месеца јавно огласити да нико у Пагу не сме посуђивати новац на камате; задарски грађанин било којега пола који на Пагу даје новац на камате подлеже казнама Задарским статутом предвиђеним против задарских грађана); 34 (туђинца који станује на Пагу, односно који ту има поседе, обвезују сви терети на које су обавезни и остали Пажани). Темељну студију о Задарском статуту је дао I. Beuc, „Statut zadarske komune iz 1305. godine“, *Vjesnik Državnog arhiva u Rijeci,* sv. II, Rijeka, 1954, 493 781. Превод статута на хрватски језик објављен је 1997. године: J. Kolanović, M. Križman, *Statuta Iadertina* Zadarski statut sa svim reformacijama odnosno novim uredbama donesenima do godine 1563, Zadar 1997 (даље: Задарски статут).

[6] У раду су коришћене следеће збирке нотарских исправа: *Spisi zadarskih bilježnika Henrika i Creste Tarallo 1279 1308*, prepisao i indeks sastavio Mirko Zjačić, Zadar 1959 (даље: SZB I); *Spisi zaarskih blježnika Ivana Qualis, Nikole pok. Ivana, Gerarda iz Padove*, 1296 1337, prepisali i indekse sastavili Mirko Zjačić i Jakov Stipišić, Zadar 1969 (даље: SZB II); *Spisi zadarskog bilježnika Franje Manfreda de Surdis iz Piacenze*, 1349 1350, prepisao i indeks sastavio Jakov Stipišić, Zadar 1977 (даље: SZB III); *Andrija pok. Petra iz Cantua, bilježnički zapisi 1353 1354*, sv. I., prepisao R. Leljak, s izvornikom sravnio J. Kolanović, Zadar 2001 (даље: SZB IV); *Andrija pok. Petra iz Cantua, bilježnički zapisi 1355 1356*, sv. II, prepisao R. Leljak, s izvornikom sravnio J. Kolanović, Zadar 2003 (даље: SZB V); *Codex diplomaticus regni Croatiae, Dalmatiae et Slavoniae*, vol. IV, VI, IX, X, XI, Zagreb, 1904 1990; *Codex diplomaticus, Supplementa*, vol. I II, Zagreb 1998; L. Jelić, „Zadarski bilježnički arkiv“, *Vjesnik kraljevskog hrvatsko slavonsko dalmatinskog zemaljskog arkiva*, (Vjesnik KHSDZA) I III/1899 1901. Сви наведени извори у раду се цитирају тако да први број означава број исправе, а други број страницу наведеног издања. Исто важи и за статуте који се цитирају у раду, и то:

Брачки статут: K. Kadlec, *Statutum et reformationes insulae Brachiae*, Zagreb 1926. Упор. Cvitanić, *Bracki statut*, Brač 1968; исти, *Брачки статут*, Split 2006;

Будвански статут: Ljubić, Š., *Statuta et leges civitatis Buduae, civitatis Scardonae et civitatis insulae Lesinae*, Zagreb, 1882 1883. Упор и N. Vučković, M. Luketić, Ž. Bujuklić, *Srednjovjekovni statut Budve*, Budva, 1988;

Дубровачки статут: B. Bogišić, K. Jireček, *Liber statutorum civitatis Ragusii*, Zagrabie MCMIV. Usp. i M. Križman, J. Kolanović, *Statut grada Dubrovnika*, Dubrovnik, 1990; A. Šoljić, Z. Šundrica, I. Veselić, *Statut grada Dubrovika*, Dubrovnik, 2002;

Хварски статут: в. под Будвански статут (Ljubić). Упор. и A. Cvitanić, I. Kasandrić, *Hvarski statut*, Split 1991.

Корчулански статут: J. J., Hanel, *Statuta et leges civitatis Curzulae*, Zagreb 1878. Упор. и A. Cvitanić, *Statut grada i otoka Korčule*, Korčula 2002 (1995).

Которски статут: *Statuta et leges civitatis Cathari*, Venetiis 1616.

Ластовски статут: F. Radić, *Libro delli ordiamenti e delle usance della universitade et dello comun della isola de Lagusta* (Knjiga o uredbama i običajima skupštine i obćine otoka Lastova), Zagreb 1901. Упор. и A. Cvitanić, *Lastovski statut*, Split 1994.

Мљетски статут: *Liber de ordinamenti e delle usanze der Insel Meleda*, Arhiv für ősterreichische Geschichtsquellen (ed. G. Wenzel), Wien 1894; превод M. Pucić, „Statut oli zakoni od Universitati otoka Mljeta“, *Dubrovnik cvet narodnoga knjižtva*, sv. III, Zagreb 1852, 193 218. Упор. A. Marinović, I. Veselić, *Mljetski statut*, Split 2002.

Рапски статут: L. Margetić, P. Strčić, *Statut rapske komune iz 14. st*., Rab Rijeka 2004, упор. и U. Inchiostri, A. Galzigna, *Gli statuti di Arbe*, Archeografo Triestino, Trieste 1899 1900.

jadrensis et scriba salariatus comunis Pagi) *Gerardus de Padua*. Они немају континуирани хронолошки низ, већ се односе на године 1329–1331, 1336, 1337,[7] а међу њима су најчешће опоруке.

2. СТАТУСНО ПРАВО

Правну способност имали су сви припадници пашке јурисдикције без обзира на пол, старост или сталеж, иако је њен опсег био умањен код дјеце под очинском влашћу, особа у односу зависности (слуге и слушкиње), редовника и редовница, итд.

Опсег пословне способности зависио је од старости, пола и здравља. Пашки је статут за стицање пунолетности одредио узраст од 15 година за мушкарце односно 14 година за жене, те је тиме у односу на одредбе канонског права подигао границу пунолетности.[8] Одређујући старост под којом су особе подвргнуте старатељству, као и активну опоручну способност, за мушкарце је одређено 16 година, а за жене је остајало 14 година као граница.[9] Мушкарци с навршених 16 година који живе самостално обвезани су на *терму*.[10]

Речи мушкога рода *ако ко, да нико, неко, когод, ико, који год, било који, свако* и томе слично односе се на оба пола, ако је предмет или дело о коме Статут говори такав да може одговарати или да одговара и женском полу.[11]

Удата жена је ограничено пословно способна.[12] Током брака је под мужевом влашћу, те уговор који склопи жена без посебне до-

---

Скрадински статут: *Statut grada Skradina, Statuta civitatis Scardonae* (uvodnu studiju napisao, statut s latinskoga preveo i za tisak priredio A. Birin), Zagreb Skradin 2002.

Сплитски статут: J. J. Hanel, *Statuta et leges civitatis Spalati*, Zagreb, 1878. Упор. и A. Cvitanić, *Statut grada Splita*, Splitsko srednjovjekovno pravo, Split 1998.

Црески статут: *Statuto di Cherso et Ossero*, Venetiis 1640.

Шибенски статут: Z. Herkov, *Knjiga statuta, zakona i reformacija grada Šibenika*, Šibenik 1982.

Трогирски статут: I. Strohal, *Statuta et reformationis civitatis Tragurii*, Zagreb 1915. Упор. и M. Berket, A. Cvitanić, V. Gligo, *Statut grada Trogira*, Split 1988.

[7] *Spisi zadarskih bilježnika* II, br. 1 89, 189 257 (dalje: SZB II).

[8] Пашки статут II, 27. Упор. Задарски статут III, 112; Шибенски статут II, 56; Сплитски статут IV, 57; Трогирски статут III, 3,10, 17, 36; Дубровачки статут VI, 19; Корчулански статут (B) 56.

[9] Пашки статут II, 29; V, 6.

[10] Пашки статут I, 14. Терма је врста давања, вид. *Lexicon latinitatis*, VII, 1179.

[11] Пашки статут V, 40; Шибенски статут V, 47.

[12] У погледу пословне способности жене у току брака, Пашки статут слиједи остале далматинске правне системе који се разликују од римско византијског права и

зволе и сагласности мужа није ваљан. Жена не може умањити мираз нити га оптеретити ни уз мужеву сагласност.[13] Развојем општинске аутономије и градске економије у XIV вијеку, сагласност мужа за женине правне послове постаје инсуфицијентна, те се захтијева суделовање општинских власти, односно кнеза и курије, за случајеве ако се муж нађе у случају очевидне нужде, а жена му жели помоћи из своје имовине.[14]

Одрасле неудате жене и удовице углавном нису биле ограничене у пословној способности. Као и у осталим далматинским градовима и у Пагу је удовица имала размјерно повољан положај.

Уколико би муж умро без опоруке и без баштиника, за његову имовину су се постављали заступници односно оставински извршитељи из редова покојникових рођака који су били дужни саставити инвентар, и жени, док год буде часно живјела у удовиштву, примерено додељивати од прихода покојникових добара за издржавање. Ако би поврх тога нешто преостало, расподелило би се за спас душе покојника. Послије смрти или престанка удовиштва жене, спомената су добра припадала законским наследницима на начин прописан Статутом. Уколико је било покојникових баштиника, од те имовине требало их је издржавати. Женске је баштинике требало при удаји опремити на рачун покојникове имовине према вриједности и стању тих добара и с обзиром на могућности.[15]

Независно од постојања опоруке, у браку с дјецом жена је имала право остати у кући заједно с наследницима и добивати уздржавање према могућностима из наслеђених добара докле буде живела у удовиштву, здруживши свој мираз и осталу имовину с оставином и остајући у заједници с наследницима. Ако се удовица пожелела удати или излучити из наследства свој мираз или било што од своје имовине, тада се отпремала из куће са својом имовином уз ускраћивање издржавања и одијевања.[16]

приближавају лангобардском праву, најконзервативнијем међу германским правима. Темељна разлика у односу на римско право је у институцији туторства над женом, о чему нарочито говори Ротаров едикт, *cap*. 204. Више вид. L. Margetić, *Hrvatsko srednjovjekovno obiteljsko i наследно pravo*, Zagreb 1996, 181.

[13] Пашки статут IV, 7 Шибенски статут IV, 7, 8. Упор. Брачки статут I, 26 Хварски статут II, 39; Дубровачки статут VIII, 32; Црески статут, 47. Вид. више и упор. I. Beuc, „Osorska komuna u pravnopovjesnom svjetlu", *Vjesnik Državnog arhiva u Rijeci (Vjesnik DAR)* 1953, 129, 131.

[14] Пашки статут IV, 18 Шибенски статут IV, 26. Упор. Задарски статут II, 96; Трогирски статут III, 23; Сплитски статут III, 72.

[15] Пашки статут V, 26 Шибенски статут V, 30. За Задарски статут вид. III, 141. У Корчули и Скрадину о висини прихода који удовица сме трошити одлучивала је курија. Упор. Корчулански статут (В) 42; Скрадински статут, 45. По одредбама Брачког (I, 25) и Хварског статута (II, 34) удовица је имала већа права и припадала јој је трећина оставине.

[16] Пашки статут V, 34 Задарски статут III, 141 Шибенски статут V, 41.

По изричитој статутарној одредби, исте одредбе односе се у свему на удовца као и на удовицу, а понекад се то изричито наглашава и у опорукама.[17] Мајка удовица могла је, живећи у удовиштву, уживати имовину дјеце умрле без опоруке или прије пунолетности. Та је имовина припадала онима одакле је дошла, ако су били живи, а ако нису били у животу, тада је мајка могла наследити половину тих добара, док се друга половина расподељивала за спас душе оних којима су та добра требала припасти.[18] Осим губитка права на уживање имовине преминулога супруга, поновном удајом удовица није могла бити скрбник – тутор (дјеци из брака с преминулим), опоручни извршитељ преминулог супруга нити одлучивати о склапању брака дјеце.[19]

На правни положај неудатих жена утицала је околност да ли су биле под очевом влашћу (односно мајчином влашћу, одбраном или заштитом[20] након очеве смрти) или су биле еманципиране. Имовина нееманципиране кћери припада оцу, а након еманципације, ако постоји јавна исправа о еманципацији, имовину стиче за себе.[21]

У категорији редовница Пашки статут разликује припаднице тзв. другога и трећега реда. Трећим се редом назива удружење лаика, за разлику од мушкога реда (*ordo primus*) и његова женскога огранка (*ordo secundus*).[22] Пашки статут припаднице трећега реда назива термином *pizochara seu menorica*;[23] оне нису положиле редовничке завјете

---

[17] Статутарне одредбе индентичне су за удовицу и удовца: Пашки статут III, 36; V, 9, 14. Муж опоруком условљава жени уживање добара очувањем чистоће удовиштва: SZB II 3/192, 8/195, 29/210, 40/218, 41/219, 55/231, 57/236, 60/238, 77/252. Жена на исти начин условљава мужа: 50/228, 66/243, 71/249.

[18] Пашки статут V, 27.

[19] Пашки статут V, 42.

[20] Пашки статут III, 27. Упор. Задарски статут II, 94, R 70; Шибенски статут, *Ref.* CCXLI из 1438. године уз II, 50, 51.

[21] Пашки статут II, 22; Задарски статут II, 20.

[22] У суседном је Задру већ 1251. године забележена појава припадника фрањевачког трећега реда који је службено основан 1221.

[23] Пашки статут V, 31. Упор. Задарски статут III, 14, 19, 114, 133, као и Шибенски статут V, 35. *Lexicon latinitatis medii aevi Yugoslaviae*, I VI, Zagreb 1969 1978 (даље: *Lexicon latinitatis*) V, 859, s. v. *pizzochara, pizochara, pizocara*, f. трећоредница, жена која живи у самостану и носи опатичко рухо али није свечаним завјетом везана на редовнички живот. Дубровачки статут назива их покорнице (*biço cha* IV, 65), стари дубровачки назив за покорницу је присадница, призадница или призидница, а у литератури постоји и назив испосница, вид. Z. Janeković Römer, *Maruša ili suđenje ljubavi, bračno ljubavna priča iz srednjovjekovnog Dubrovnika*, Za greb 2007, 118. Которски статут (*cap.* 212) допушта им примање поклона односно наслеђивање из мајчине имовине до висине 50 перпера, а црква је могла наследити само четврти део онога што је трећореткиња посједовала (*cap.* 213). Детаљније: L. Blehova Čelebić, *Žene srednjovjekovnog Kotora*, Podgorica 2002, 256; L. Blehova Čele bić, *Hrišćanstvo u Boki*, Podgorica 2006, 239.

и могле су живети изван самостана. Редовнице другога реда живеле су унутар самостанских зидина; на Пагу су најпознатије бенедиктинке.[24] Редовнице су уживале посебан статус у погледу наслеђивања.

Посебну категорију становништва чине серви и анциле.[25] По одредбама Пашкога статута забрањено је позајмљивати им новац са залогом или без залога, као и играти на срећу у погледу нечијег слуге или слушкиње;[26] господару се вјерује у погледу плате и исплате плате слуга и слушкиња,[27] а дозвољено му је тући своју домаћу služinčad (слуга или слушкиња, серва или анцила), с тиме да не сме одсећи или осакатити уд, „када је био на расположби Господина Кнеза“.[28]

Особа подложна другоме или која је под влашћу, у службеничком или породичном односу према другоме, било да је у служби најамник, слуга или слушкиња било којега сталежа, пола или узраста, не може ништа од господаревих ствари било на какав начин отуђити без допуштења њеног господара.[29]

---

24 Уз мушки самостан бенедиктинаца на Просики 1318. године утемељен је женски самостан бенедиктинки у самом Пагу (Стари град) и изграђен 1321. године; исте године Милица и Јуран Погачић даровали су самостану солане код Бабиног потока (данас Вели поток), CD IX 17/25. За њих је у новом Пагу саграђен посебан самостан са црквом св. Маргарите. Цркву и самостан утемељио је седамдесетих година XV вијека Јурај Словиња, посједовао је мноштво поља и солана, а бенедиктинке су у почетку биле само кћерке пашких племићких обитељи Бабчић, Братковић, Билинић, Радогостић, Руић, Зоранић, Зоровић, итд. Више вид. M. Suić, (1953), 53, 56, 85. Женски самостан св. Маргарите спомињу конституције пашког каптола из 1393. године, забрањујући пашким каноницима залажење у самостан редовница, осим капелану или исповједнику, под пријетњом казне затвора од мјесец дана, вид. A. Gulin, *Konstitucije paškog kaptola (kaptola zborne crkve sv. Marije u Pagu iz 1393. godine)*, Pag 2003, 103, XXXIII. „Нека пашки каноници не залазе у самостан редовница и нека у том смјеру или покрај самостана често не пролазе; о казни за прекршитеље.“

25 О овој категорији становништва сазнајемо на основу поређења са осталим статутима, првенствено Задарским статутом и нотарским записима задарских нотара, из којих произлази да су серви и анциле могли посједовати и стјецати имовину, заснивати обитељ, обвезивати се, наступати на суду у властитим стварима и сл., иако су доживотно и наследно били подређени свом господару. Детаљније V. Pezelj, „Naznake pravnog položaja žene u sednjovjekovnom Zadru“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 43, 3 4/2006, 528. Беуц сматра да се не ради о сервима у класичном смислу него о особама у најамном односу према другој особи (*locatio conductio ope rarum*) у којем слободна особа даје своју радну снагу другој особи уз уговорену накнаду, Beuc, (1954), 563; N. Budak, „Struktura i uloga obitelji serva i famula u ko munalnim društvima na istočnom Jadranu“, *Starohrvatska prosvjeta* 14/1984, 347 361; исти: „Pravni položaj serva i famula u komunalnim društvima na istočnom Jadranu“, *Radovi* 19/1986, 51 68._

26 Пашки статут IV, 4; Задарски статут III, 5; Шибенски статут IV, 5.

27 Пашки статут IV, 5; Шибенски статут IV, 9.

28 Пашки статут VI, 18; Задарски статут V, 13.

29 Пашки статут IV, 28; Шибенски статут IV, 38.

Ако ослобођени серв или анцила умре без опоруке и без потомака, тада половина имовине припада господару или његовим наследницима, а друга половица припада Господину Кнезу и Великом суду који ће их распоредити за спас душе.[30]

3. ПОРОДИЧНО ПРАВО

Подређеност дјеце очинској власти потиче од одредби старог, несачуваног Задарског статута.[31] По одредбама Пашког статута, ствар коју је купио син (или кћи) у очевој или мајчиној власти, власништво је очево (или мајчино) и ако у уговору то није изричито споменуто.[32] Ствари из опоручног записа родитељи уживају до еманципације дјеце.[33] Такве је ствари родитељима забрањено отуђити или оптеретити обавезом.[34]

Законитима се сматрају синови и кћери ако постоји јавно мњење о томе, па за утврђивање није нужно друго доказивање.[35] Дјеца и унуци били су дужни родитеље, дједове и прадједове издржавати према могућностима своје имовине док су живи, изузев ако они сами имају имовину из које се могу издржавати.[36]

---

[30] Пашки статут V, 30; Шибенски статут V, 34.

[31] Детаљније L. Margetić, (1996), 194, 239 241. Односе родитеља и дјеце најтемељитије регулира Рапски статут. Упор. L. Margetić, P. Strčić, *Statut rapske ko mune iz 14. st.*, Rab Rijeka 2004, 43 45; за Задар упор. I. Beuc, (1954), 596; за Сплит вид. A. Cvitanić, *Statut grada Splita*, Splitsko srednjovjekovno pravo, Split 1998, 148; за Котор: И. Синдик, *Комунално уређење Котора*, Београд 1951, 131 133.

[32] Пашки статут II, 22 Шибенски статут II, 50, 57. Према Реформацији 6 Шибенског статута из 1381. године особа с навршених 16 година у мајчиној власти може се правоваљано обвезати. Вид. *Ref.* 241. Другачије је по одредби Задарског статута II, 20, који прописује сину под очевом влашћу власништво остављеног му записа, иако отац има право уживања све док траје очинска власт (Задарски статут III, 104). Исто и Рапски статут II, 18, те Трогирски статут III, 18.

[33] Пашки статут II, 23; Шибенски статут IV, 51. Еманципација се по Паш ком статуту обављала јавном исправом. Ако се отац противио дијете се могло еманципирати уз сугласност власти. Према Допунама Пашког статута уз II, 23 до еманципације је долазило и уколико је син становао одвојено од оца дуље од шест мјесеци без очева приговора. У Задру се за емаципацију тражио упис у јавне књиге или женидба с одвојеним животом у другој кући. Према Пашком и Шибенском статуту еманципација се обављала јавном исправом. Задарски статут II, 20; Пашки статут III, 23 Шибенски статут II, 51. У начелу се еманципација у далматинским статутима обављала јавном исправом или вођењем одвојеног кућанства, док се у појединостима статути разликују. Опширније L. Margetić, (1996), 195 и даље.

[34] Пашки статут IV, 29; Шибенски статут IV, 39.

[35] Пашки статут V, 35; Шибенски статут III, 6; V, 42, 43.

[36] Пашки статут V, 36.

Пашки статут подробно уређује институт старатељства односно скрбништва (туторства).[37] Мајка је могла вршити дужност старатеља недораслој дјеци (мушкој до 15, а женској до 14 година) до закључења другог брака. Малолетној сирочади без родитеља старатеља поставља кнез и Велики суд из редова родбине с очеве или мајчине стране, осим ако су родитељи опоручно одредили оставинске извршитеље. Скрбништво је предвиђено за неурачунљиве и слабоумне особе од стране синова, ближих рођака, жене или других особа.[38]

а) Особно брачно право Пашки статут, као и остали статути, нормира релативно оскудно, будући да је његове темеље регулисало црквено право које наглашава нераскидивост брака.[39] Растава брака пресудом црквеног суда спомиње се код кривичног дела прељубе.[40]

Дјеца у очевој власти губила су наследни део из очинских и мајчинских добара уколико би склопили брак без очева пристанка, осим ако би им отац јавном исправом опростио тај преступ.[41]

Тенденција спречавања преласка имовине у руке странаца очитује се у одредби Задарског статута којом се жени удатој на словенскоме подручју[42] забрањује удео у родитељским добрима, осим ако

[37] Пашки статут II, 28 32; Шибенски статут II, 57. Најподробније регулира установу скрбништва Задарски статут II, 26 29, којем су врло сличне одредбе Шибенског статута II, 56 60, Цреског 39 42, као и наведене одредбе Пашког статута. За остале статуте вид. L. Margetić, (1996), 198 200. Старатељ (*tutor*) се одређује малољетној особи које немају оца или законскога заштитника. Скрбник (*curator*) се одређује пунољетној особи којој је због душевне болести одузето право самосталног управљања властитом имовином. То се најјасније види из одредбе Пашког статута II, 32: „*De inventario fiendo per tutores pupillorum, et per curatores mentecaptorum*". Неки статути не разликују тутора од куратора, нпр. Рапски статут II, 3; Корчулански статут (B) 74.

[38] Пашки статут II, 31, 32; Шибенски статут II, 60, 62. Такви су скрбници дужни наступати на суду у свим пословима слабоумника и његове обитељи, те изван суда подузимати све и заступати у свему што буде потребно. Пашки статут изричито одређује да се одредба примијењује и на женске особе. Старатељи сирочади и скрбници слабоумника дужни су у року од двадесет дана започети састављање казала односно пописа цјелокупне имовине сирочета, слабоумника или неурачунљивога и довршити га у року од педесет дана, а по завршетку дужности дужни су положити рачун о управљању.

[39] Бракови су били нераскидиви све до Тридентинског концила 1563. године, који дозвољава раставу од стола и постеље (*separatio quoad thorum et mensam*), што прекида брачну заједницу, али не и постојање брака. Тада је прописана и јединствена форма вјенчања, при чему се захтијевало обавезно склапање брака у цркви уз присуство свештеника, K. Gross, H. Schüller, M. Novak, *Udžbenik crkvenoga prava katoličke crkve*, Zagreb 1930, 313.

[40] Пашки статут V, 43; Шибенски статут V, 50.

[41] Пашки статут V, 41; Шибенски статут V, 48.

[42] *Sclavonia* у одредбама Задарскога статута означава хрватско подручје, а термин *Sclavus* значи Хрват, вид. J. Kolanović, M. Križman, *Statuta Iadertina Zadar*

јој супруг има трајно боравиште у Задру. Та се одредба одржава на Пажане и њихове поседе из очинске односно материнске баштине.[43]

б) Одредба Пашког статута којом се уређује брачно-имовински режим заједнице стечене имовине новијег је датума. На почетку и на крају одредбе изричито се наглашава да она важи за убудуће, па је очито да није преузета из старог, несачуваног Задарског статута.[44] Имовинска је заједница на Пагу ограничена на стечена добра, а женино је право на половину стечене имовине по Пашком статуту ограничено само на случај смрти брачног друга или други случаја престанка брака, ако је ушла у брак без мираза и ако се у браку нису родила дјеца.[45]

ski statut sa svim reformacijama odnosno novim uredbama donesenima do godine 1567, Zadar 1997, 341.

43 Задарски статут III, 97.

44 Заједница имовине не појављује се у другим далматинским градовима и острвима, из чега се закључује да је њено поријекло у сусједноме хрватском односно хрватско угарском праву, које је важило на континенту у непосредној близини тих острва на северном Јадрану, вид. L. Margetić, (1996), 178. Сматра се да су три велика фактора различитим интензитетом генерирали систем заједнице међу супружницима, а то су византијско, лангобардско и франачко право, A. Fino cchiaro Sartorio, *La comunione dei beni tra coniugi nella storia del diritto italiano*, Pa lermo 1902, 25, 216; M. Roberti, *Le origini romano christiane della comunione dei beni tra coniugi*, Torino 1919, 136, 262. Праву жене на дио стечене имовине сличне су правне установе лангобардска *quarta* и франачка *tertia*. Неке елементе тих института могли бисмо назријети у нотарским записима: 1336. године оставитељица *Dissaça*, жена *Dischi Votchariçe* са Пага располаже четвртином имовине коју је добила од мужа у часу вјенчања јавном исправом: „*Item dimitto dillecto appatrino meo presbi tero Chrassogne Peruonisig totam quartam partem michi contingentem de bonis predicti Dischi, viri mei, contentam in instrumento publico michi facto per ipsum virum meum, quando ipse me in vxorem suscepit; quod quidem instrumentum dedi predicto appatrino meo*“, SZB II 46/224. Такође, 1354. године у Задру Радман пок. Видоја из Угљана прије склапања брака својој жени Милки даје на слободно уживање трећину његове цјелокупне имовине, коју има или ће је имати у будућности, SZB IV 328/510.

45 Пашки статут V, 44. Заједница добара брачних другова присутна је у Рапском статуту (II, 14), те у Реформацији 101. Сплитског статута, L. Margetić, (1996), 83, 177 и даље. Према Рапском статуту (II, 14) жена је сувласница имовине што је муж стекне током брака уз услов да је у брак унијела нешто своје имовине (која и даље остаје у њеном власништву) или уз услов да ни она, ни њен муж нису у брак унијели ништа. Ако изузмемо најстарији облик брачног имовинског права у Дубровачком и Которском статуту, који предвиђају строгу сепарацију под утјецајем словенског права, те Рапски и Пашки статут који предвиђају заједницу стечене имовине, сви остали статути се на различите начине приближавају идејама брачне заједнице добара. Најјасније је то изразио Сплитски статут прописавши у Реф. 101: „супруге пучана и становника сплитског дистрикта које немају никакву служинчад, а носе одијело од црне чохе и рубац на глави, у поље носе мужу храну, иду по воду и на пећ (с крухом), перу рубље и раде друге послове без служинчади и оне послове које иначе чини служинчад, добију и морају добити и без икаква изузетка стећи право на половицу свих добара што су их њихови мужеви стекли за вријеме трајања брака.“ И у комунама које су предвиђале сепарацију добара статутарне су одредбе

Према одредбама Пашкога статута, уколико жена умре без опоруке и остави потомке из брачне везе са мужем, сву имовину која жени припада од стечевине наслеђују ти потомци. У случају да жена умре без опоруке и без наследника потеклих из брачне везе, тада сам муж наслеђује читаву имовину. Половину стечене имовине жена је слободна опоручити, док другу половину наслеђује муж.

Жена није одговарала због преступа, уговора или кривице мужа, као и обратно. Мада међусобно нису одговарали за акте другог супружника, ипак се из њихове заједничке тековине намиривала обавеза одговорности за дугове и уговоре једног од супружника.[46]

в) Правни режим мираза Пашки статут обрађује у петој књизи која садржи главе о опорукама и последњим вољама, о удаји и праву на мираз.[47] Према одредбама Пашког статута удата и дотирана кћи се није сматрала подмиреном.[48] Удате кћери и њихова дјеца наслеђују оставитеља као и неудате, уз одбијање вриједности коју су добиле за мираз. Ако су мираз добиле од другде, такав мираз имају као повлашћен и ни на који се начин не смије урачунати у наследни дио.[49]

Додаци Пашком статуту уз V, 18 дозвољавају оцу да слободно уда једну или више кћери уз мираз или уз право да наследи део очеве или мајчине имовине након њихове смрти или на други начин на који је дјевојчин отац склопио брачни уговор. Без обзира на двосмислености Статута који говори о подели имовине међу браћом и сестрама, те о стању и положају удатих кћери са или без мираза, то

предвиђале могућност уговорне брачне имовинске заједнице, нпр. Дубровачки статут IV, 60. Детаљније V. Čučković, „O odredbi dubrovačkog statuta *De concordio in ter virum et uxorem schepatos* (IV, 60)“, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu* 25/1977, 441 451.

Другачије је природе универзална заједница којом се између супружника актом брака конституира *communio omnium bonorum*. Тај је облик присутан у Истри, а најбоље је описан у статуту Умага (III, 45), упор. P. S. Leicht, *Storia del dirito italia no. Il diritto privato. Parte prima, Diritto delle persone e di famiglia*, Milano 1960, 203; P. Vaccari, *Il regime della comunione dei beni nel matrimonio rispetto all'Italia*, Pavia 1908, 1 4; A. Lefebvre Teillard, *Introduction historique au droit des personnes et de la fami lle*, Paris 1996, 155. Генерално се може казати да је средњовјековни развој брачног имовинског права имао тенденцију имовинске заједнице, особито у градовима, иако са многим варијацијама, E. Ennen, *The Medieval Woman*, Oxford 1989, 110.

46 Пашки статут II, 24. Упор. Шибенски статут II, 53.

47 Пашки статут V, 9, 21, 34, 43, 44; Задарски статут III, 96, 99; Шибенски статут V, 25, 51 53. Упор. I. Beuc, (1954), 590.

48 Пашки статут V, 21; Шибенски статут V, 25; Задарски статут III, 127; Трогирски статут, Реф, II, 223; Сплитски статут III, 44. Кћи се сматрала подмиреном по статутима Корчуле (B) 98, 113, Ластова (гл. 32) и Мљета (гл. 13). Детаљније вид. L. Margetić, (1996), 197.

49 Пашки статут V, 21; Шибенски статут V, 25.

се сматра законским делом удате кћери и она не сме даље ометати ни узнемиривати остале наследнике, осим колико је обухваћено њеним брачним уговором и исправом о миразу.

Исти додатак уз главу 18. пете књиге одређује да је отац опоруком могао одредити колико свака од његових кћери мора добити за мираз. Ако отац умре без опоруке, мушки наследници су дужни удати сестре уз мираз који доликује њиховом положају и имовном стању или уз право да им припадне део као и осталим наследницима. Евентуални спор о доличности мираза решава Суд у Пагу односно ректор са судијама, испитавши стање и положај особе. Даваоци мираза су најчешће отац или браћа, уз надзор органа комуналне власти.

Миразним добрима и узмиразјем жена има право тестаментарно располагати када наврши 14 година, с тим да се њеном мужу јамчи право уживања свих добара докле год „чува удовчеву постељу“.[50]

Према одредбама Пашкога статута жене удате с миразом и уз постојање исправе о миразу „убудуће“ немају никаква удела у стеченоме. При томе „убудуће“ код имовине заједно стечене у браку ваља разликовати да ли је жена умрла без опоруке и оставила потомке, када наслеђују они, или нема потомака, када наслеђује удовац. Жена је слободна половином заједно стечене имовине слободно опоручно располагати, док је друга половина припадала удовцу.[51]

Удовица је могла уживати мужеву имовину, добивати издржавање и одијевање из наслеђених добара живећи у удовиштву докле год је њен мираз био здружен с његовом имовином и у заједници с његовим наследницима. Ако се удовица пожелела удати или излучити свој мираз из наследства, наследници су је могли отпремити

[50] Пашки статут V, 9. Лат. *repromissa*, тј. „обећани иметак, узмиразје“ је иметак или дар који муж или његов отац обећава жени приликом склапања брака, *Lexicon latinitatis* VI, 997. На подручју Далмације ријетко се појављује. У сусједном Задру статут га не спомиње међу брачноправним установама, него у дијелу који говори о разним врстама правних пресумпција, упор. Задарски статут III, 94, 95, 112; Шибенски статут V, 12. У Цреском статуту по својој се функцији поклон поводом брака приближава римско византијском поклону те врсте (*donatio nuptiis causa*). Мужева су добра била оптерећена обавезом везаном за мираз и узмиразје, а жена је имала предност пред свим повериоцима. Жена је изузимала мираз и узмиразје из мужеве имовине, а остатак је остајао повериоцима, уз једину изнимку ако се ради о дуговима због лијечења, покопа и најамнине за стан. Ако је муж умро, жени су припадали мираз и узмиразје. Ако се није могао исплатити мираз и узмиразје, жена је имала право уживати имовину свога мужа тако дуго док се уживањем не би исплатила вриједност мираза и узмиразја. Тако Црески статут, 16; упор. I. Beuc, (1953), 131; L. Margetić, (1996), 178. Римско брачно право познавало је узмиразје (*contrados, donatio propter nuptias*) као дар који је муж давао жени приликом склапања брака, а који је по вриједности једнак миразу. E. Besta, (1962), 145 155; P. Vaccari, 65; M. Boras, L. Margetić, *Rimsko pravo*, Rijeka 1998, 219.

[51] Пашки статут V, 44.

из куће вративши јој њену имовину, уз ускраћивање издржавања и одијевања.[52] Исте су одредбе вриједиле и за удовца.

Жена прељубница која је пресудом црквенога судије растављена од мужа губила је право на мираз, осим ако би јој муж опростио.[53]

4. ОБЛИГАЦИОНО ПРАВО

Супружници међусобно нису одговарали за дугове, преступе и уговоре (с изузетком заједничке тековине брачних супружника),[54] као ни дјеца (еманципована или нееманципована) за уговоре родитеља (оца и мајке – изузев уколико би од родитељске имовине нешто приспело у њихове руке).[55] Уговори дјеце под очинском влашћу (мушке до 15, а женске дјеце до 14) нису били ваљани.[56] Дјеца под очинском влашћу стицала су за родитеље и када они нису изричито у уговору наведени.[57]

Жена није могла јамчити за мужа, а ако се заједно с мужем обавезала (макар само на део своје имовине), обавеза је у односу на жену била неваљана, док је у мужеву дијелу остајала ваљана.[58] Статутарне одредбе залог спомињу код забране зајмова слугама и слушкињама са или без залога.[59]

Особе под туђом влашћу нису могле располагати у правном промету ни на који начин стварима господара (продати, даровати, замијенити, оптеретити обавезом или било како отуђити).[60]

---

[52] Пашки статут V, 34; Шибенски статут V, 41.

[53] Пашки статут V, 43; Црески статут, 32. Упор. I. Beuc, (1953), 131.

[54] Пашки статут II, 24. Задарски статут (III, 22, 25) одређује да жена не одговара за уговоре и деликте мужа, нити господар за уговоре и деликте слуге, те обрнуто. Исто Шибенски статут II, 53.

[55] Пашки статут II, 21.

[56] Пашки статут III, 27.

[57] Пашки статут II, 23. Вид. Dopuna Crvenog upisnika str. 34 uz glavu II, 21, 22 i 23.

[58] Пашки статут IV, 16; Задарски статут III, 47. Упор. I. Beuc, (1954), 645.

[59] Пашки статут IV, 4; Задарски статут III, 5, 21; Трогирски статут II, 29. Нотарски нам записи указују на судјеловање жена код овог облика осигурања обавеза у сусједном Задру. Забележен је случај када је 1279. године пашки ђакон Марин, син пок. Толише, дао је у залог своју кућу у Пагу и шест солина у Пашкој ували Стани, удови Задранина *Nasce de Bivalda*, за 100 малих млетачких либри до слиједећег Михољдана, задржавајући право на кориштење плодова својих солина. CD VI 264/316. Исте године наведени ђакон даје у залог споменуту кућу и шест солина у Пашкој ували Матилди, удови задарског грађанина пок. Барте, за 60 млетачких денара. CD VI 316/370.

[60] Пашки статут IV, 28.

Нотарски записи сведоче о судјеловању жена у различитим правним пословима. Пашким грађанима било којег пола или рода забрањено је да отуђи некретнине (земљишта, винограде, сеоска господарства, солане, млинице, куће) туђинцу било којега пола или рода, осим ако је туђинац стални становник Пага.[61]

Међу случајевима када дражба није штетила спадао је случај када муж прода посед жене или допусти да га други прода; жена је овлашћена да за живота мужа затражи поврат поседа, а након мужеве смрти то може учинити у року од године дана.[62] Исто су овлашћени да учине њени наследници и извршиоци тестамента.

Предмет купопродаје некретнина најчешће су куће и солине,[63] а у неким је случајевима купопродаја одевена у форму даровања.[64] Често у правном послу даровања суделују оба супружника.[65] Нотарске исправе такође често спомињу и замену (трампу) непокретности.[66]

---

[61] Пашки статут IV, 31. Za Шибенски статут вид. I. Jaramaz Reskušić, *Kazneni sustav u Šibeniku od 14. do 16. stoljeća*, Šibenik 1996, 108 109. За остале статуте вид. Ž. Radić, I. Ratković, *Položaj stranaca u Splitskom statutarnom pravu*, ADRIAS, sv. 12, Split 2005, 212 214, fn. 146.

[62] Пашки статут IV, 35.

[63] Солана је скуп солина на једном мјесту или у неком подузећу, а солина је основна јединица тј. базен у коме се производи со. Према N. Čolak, 485. Пашке солане су представљале снажан економски потенцијал сјеверне Далмације, којим се користила прије свега Задарска комуна. Производња соли представља једну од јачих ставки у економици средњовјековне Далмације. У изворима се сачувао податак да је 1274. године Братонига, удова пок. Драгоја Дамјана из Пага продала задарском племићу *Андреи де Рагно* четири солине у Пашкојували под зидином званом Падибуди те кућу с кухињом и смоквом у Пагу, за укупну цијену од 80 малих млетачких либри, CD VI 68/75. Исто тако, 1289. године извесни Слугоња, син пок. Тишена из Пага, с пристанком своје жене Десаче, продаје Мири, жени пок. *Kirina Corrade* из Пага, квасило дуго 26 скансија и широко 13 скансија у Пашкојували за 50 либри малих денара. Међе квасила су с јужне стране ограда солине мајке Ивана Фифића, с југозапада квасила и живице Дружица Гостинића, а са сјеверозапада море. Л. Јелић, CXLV/45 (квасило је исто што солина, базен за сол), N. Čolak, 510. *(Quasilus, m.* košara. *Lexicon latinitatis*, VI, 954). Илустративан је и пример где 1290. године Рудин, син пок. Драгоша Скоблића из Пага продаје осми део од 17 солина и осми део својих винограда и земаља, које има са својим братом Радошем, рођаком Хотењом и са Задранкама Станом и Браном, кћерима пок. Петра. Солине, виногради и земље налазе се на Пагу у Влашићима и Дињишкој луци. Земље и винограда има шест гоњаја, а продате су за цијену од 85 либри малих денара, SZB I 272/225.

[64] Задарски племић Чрне Царбонов „дарује“ Радовани, удови задарског грађанина Ивана Рагна шест солина на Пагу код Мурвиле, а она му заузврат даје десет и по перпера, CD IV 31/35.

[65] Године 1321. Пажани Јурај Поганчић и жена му Милица дарују самостану редовница св. Маргарете 5 солина на Пагу, CD IX 17/25.

[66] Марија, удовица Михајла *Rose de Scolatura* са синовима, 1333. године мења солане и кућу на Пагу за солане Марије, удовице Јакова Богдина и њених синова, CD X 56/95.

Забрана давања зајмова особама било којега пола је одредбом Задарског статута важила и за Пажане.[67] Пашки статут забрањује Пажанима и странцима давање зајмова и залога слугама и слушкињама.[68] Ако муж прими у зајам новац, жена није обавезна за мужев дуг, изузев ако је употребљен у женину корист (нпр. за поправак жениних кућа, винограда или других сличних ствари, уз прибављено овлаштење Великога суда).[69]

Увид у нотарске списе показује да су предмет уговора о најму често биле солане и складишта соли,[70] које су, попут винограда или земљишта, могле бити дате на обраду.[71]

Особа било којега положаја, пола или старости која је на одређени рок примила на обраду виноград или нечије земљиште (*vineas ad laborandum aut terras pastinandum*) била га је дужна обрађивати на статутом прописани начин.[72]

---

[67] Задарски статут V, 6 i 7, Ref. 35. У Задру су постојали посебно именоване судија који су водили поступак само против особа које су давале новац или друге заменљиве ствари уз камате. На позив задарске општине 1386. године Јевреји се досељавају у Задар како би кредитирали задарска пословања уз камате. Због тога се од задарских грађана почев од 1398. године могла убирати 20% годишња камате или 4 динара по либри мјесечно. Вид. T. Raukar, *Zadar u XV. stoljeću*, Zagreb 1977, 273; N. Klaić, I. Petricioli, *Zadar u srednjem vijeku do 1409*, Zadar 1976, 426. У Шибенским реформацијама (cap. 221) налази се закључак Великог вијећа, које одобрава позивање у град јеврејског банкара који ће Шибенчанима одобравати зајмове с каматом од 10% годишње, а странцима без ограничења. О забрани зајмова упор. Сплитски статут IV, 53; Трогирски статут II, 97; Корчулански статут (A) 13, (B) 67.

[68] Пашки статут IV, 4._

[69] Пашки статут IV, 17.

[70] Пашки статут III, 22. Тако 1292. године Дујам из Пага изнајмљује солане на четири године Матилди, удовици задарског грађанина Барте за 60 либара малих млетачких денара, SZB IV 87/135, а 1385. године у Задру Доброслава, удовица Радена из Пага прима најамнину од Косе де Бегна за складиште соли (*unius magaceni*) na Pagu, CD XI 422/544. У 13. вијеку пашке су солане биле у претежном поседу Задрана (приватне особе, цркве, самостани и комуна), а мање самих становника Пага. Стога су у сачуваним исправама које се односе на солане Задрани заступљени у већој мери од Пажана. То доказује да се привредни живот отока Пага, који се претежним дијелом темељио на производњи и продаји соли, налазио у рукама Задрана. У XIV вијеку као власници солана јавља се и већи број Пажана, N. Čolak, 488 489, 495; T. Raukar, (1977), 207 209; *Pomorska enciklopedija* V, Zagreb 1981, 663.

[71] У недовршеном спису браћа и супруга једнога од њих обвезују се монаху до св. Миховила исплатити 12 либара и 16 солида за модиј жита и модиј јечма. Исти дан 6. просинца 1354. године, браћа с Пага се обвезују монаху св. Кршевана радити на самостанским соланама (од Јурја до св. Миховила) и себи задржати трећину соли, SZB IV 406, 407/625, 626. Земљорадници су према власницима земљишта и солана (племићи, цркве, свећеници) били у колонатским односима, и у складу с тиме су им морали давати део годишњег урода, M. Suić, (1953), 61.

[72] Пашки статут IV, 67.

Уговори о напасању стоке морали су бити у складу са Пашким статутом,[73] а у погледу плате односно удела пастира, Статут није правио разлику између мужјака и женки истога животињског рода.

5. НАСЛЕДНО ПРАВО

5.1. Законско (интестатско) наслеђивање

Правила законског наслеђивања по изричитој су се статутарној одредби једнако примењивала на мушкарце, као и на жене.[74]

За разлику од најчешћег система интестатског наслеђивања у средњовјековној Далмацији – изједначености мушке и женске дјеце[75] – средњовјековни статути Пага, Шибеника, Брача и Хвара садрже специфичне одредбе о наслеђивању кућа. Пашки статут прописује да мушка и женска дјеца (изузев оних у самостанима односно зарећенима) деле на једнаке делове очеву и мајчину оставину, осим очевих кућа што се налазе на Пагу, које требају припасти искључиво синовима и њиховим мушким потомцима.[76] Такве одредбе не познају друга правна подручја на источној јадранској обали.

Куће што их је оставила мајка припадале су кћерима, осим ако отац за собом није оставио стамбену зграду. У том случају, мајчину кућу наслеђују дјеца оба пола. Пашки статут повлашћује мушку дјецу и одредбом по којој она могу захтевати да се очеве и мајчине куће заједно поделе међу свом дјецом без обзира на пол.

Одредбе о посебном наслеђивању кућа налазе се и у глави која говори о наслеђивању десцендената, при чему се истиче да кћи не може наследити нити имати удела у очевим кућама на Пагу.[77]

---

[73] Пашки статут IV, 66; Задарски статут III, 78; Шибенски статут IV, 80. За остале статуте упор. L. Margetić, *Srednjovjekovno hrvatsko pravo Obvezno pravo*, Zagreb Rijeka 1997, 76.

[74] Пашки статут V, 29; Шибенски статут V, 33.

[75] Изједначеност мушке и женске дјеце прописују статути Раба (II, 10), Сплита (III, 44), Будве (гл. 212) и ранија фаза развоја права у Дубровнику, вид. L. Margetić, P. Strčić, 47; A. Cvitanić, (1998), 217; Ж. Бујуклић, *Правно уређење средњовековне Будванске комуне*, Никшић 1988, 140. Другачије је било по одредбама Задарског (III, 127 129) и Трогирског (Ref. II, 22) статута који су прихватили млетачки сустав наслеђивања према Млетачком статуту Јакова Тиепола из 1242. по којем су синови наслеђивали некретнине, а кћери покретнине у висини „достојног мираза“. Ако није било довољно покретнина за доличан мираз, синови су могли допунити мираз из покретнина и за себе задржати све некретнине или подијелити покретнине и некретнине на једнаке дијелове. Детаљније: L. Margetić, (1996), 225. Za Задарски статут вид. I. Beuc, (1954), 594, за Трогирски Ž. Radić, *Imovinsko pravo po statutu grada Trogira iz 1322. godine*, (doktorska disertacija), 2002, 268.

[76] Пашки статут V, 18.

[77] Пашки статут V, 20, 21. Исто: Брачки статут I, 23; Хварски статут II, 32; Шибенски статут V, 22, 24. Специфично наслеђивање кућа по мушким десцендентима

Истом се статутарном одредбом начело репрезентације изричито примењивало подједнако на мушку и женску унучад. Уколико су били одељени од деде, то им се урачунавало на начин да су мање примали. Ако је умрли имао само кћери, оним ћеркама које су приликом удаје добиле мираз, мираз се урачунавао у наследни део.

Посебан статус у погледу наслеђивања имају дјеца оба пола који су у самостану односно зарећени. Сестре трећореткиње наслеђују и добијају део попут браће и сестара.[78]

Кћи редовница не наслеђује рођаке интестатски, осим у одређеним случајевима прописаним Статутом: ако умрли није оставио друге крвне сроднике до четвртога ступња, тада други рођаци умрле особе наслеђују половину добара, а другу половину редовник или редовница, с тим да су дужни да део имовине умрле особе расподеле за спас њене душе према раније донетим статутима.[79]

Дјеца оба пола рођена после очеве смрти (посмрчад) имају подједнак приступ наследству.[80]

Код наслеђивања осталих сродника Пашки статут у неколико одредби садржи трагове начела *paterna paternis, materna maternis*.[81] Умрлога без опоруке и потомака наслеђују најпре директни мушки преци, па браћа и сестре.[82]

проширило се из Задра, премда је у самоме Задру тај начин наслеђивања био напуштен због утицаја млетачкога права. У изворном облику идеја је прешла на Брач и Хвар, а након еволуције се проширила на Паг и Шибеник. L. Margetić, (1996), 227 229. За Шибеник упор. шибенску исправу 1292. из које произлази да су очеву оставину 1260. године наслеђивали само синови, док по новом статуту на њу имају право и кћери, осим на очинске куће и опрему у њима, CD Suppl. II 145/233; *Šibenski diplomatarij*, Zbornik šibenskih isprava, Šibenik 1986, 150 155; L. Margetić, (1996), 227.

[78] Пашки статут V, 31; Шибенски статут V, 35. Трећореднице су жене које живе у самостану и носе опатичко рухо, али нису свечаним завјетом обавезане на редовнички живот, вид. фн. 23.

[79] Пашки статут V, 32. Упор. Задарски статут III, 14, 15, 18; Шибенски статут V, 37. Године 1349. *Marija Grisogono de Marino*, намеравајући ући у самостан, одриче се у корист своје браће свих добара која би јој могла припасти. Сведок је *Thoma de Pago*, SZB III 52/33. Године 1289. *Marinus Caligarius* даје из наследства оца и мајке сестри Драги мираз за самостан. На исти начин *Laurentius Zuparius* даје сестри Драги мираз за самостан. L. Jelić, LIV, LV /188.

[80] Пашки статут V, 19; Шибенски статут V, 23. Године 1329. оставилац *Pribi gna Pribenig* у опоруци именује својим наследницима жену Добрачу и нерођено дете без обзира на пол, SZB II 3/192.

[81] Пашки статут V, 22, 24, 25, 27, 31. Упор. Задарски статут III, 132; Шибенски статут V, 31, 35, 36; Рапски статут II, 17; Трогирски статут III, 16; Сплитски статут III, 144; Будвански статут, 212. Начело *paterna paternis, materna maternis* састоји се у враћању добара умрлога без опоруке и потомака оном асценденту (или његовој линији) од кога их је умрли добио. Начело се примењивало у многим европским подручјима на различите начине. Опширније L. Margetić, (1996), 117, 235 241; P. S. Leicht, *Storia del dirito italiano. Il diritto privato. Parte seconda. Diritti reali e di succe ssione,* Milano 1943, 193 199.

[82] Пашки статут V, 22 Шибенски статут V, 36.

По одредбама Пашког статута покојника без опоруке, потомака и родитеља наслеђују остали сродници само у једном делу оставине, док се други део (једна четвртина) намењује *pro anima*, ако наслеђује деда с браћом оставиоца или њиховим синовима односно браћа и сестре, а једна трећина ако наслеђују остали даљи овлашћени рођаци.[83]

Мајка не наслеђује имовину дјеце умрле без опоруке или пре пунолетства, већ се она враћају онима одакле су дошла.[84] Ако не буде у животу нико од оних којима се добра требају вратити, тада сама мајка може наследити половину тих добара, а друга половина иде *pro anima* оних којима су припадала. Отац, пак, наслеђује добра синова и кћери умрлих пре пунолетства или након стеченог пунолетства без опоруке, одакле год она потицала, ако такви синови или кћери немају законске наследнике.[85] Мајка има само право уживања, па након њезине смрти имовина умрлог детета *reversatur in eos unde pervenerint*.[86]

Начело *paterna paternis* примењује се и у случају ако наслеђују браћа и сестре само по оцу заједно с браћом и сестрама само по мајци. Ако иза оставиоца остану само браћа по оцу, они наслеђују покојнога брата само у погледу очевих добара. Ако постоје само браћа с мајчине стране, они наслеђују само добра мајке. Ако је неко од те браће умро и оставио синове или сина, тада они добијају део који би припао њиховом оцу да је жив. Исто правило је важило у свему и у погледу сестара.[87]

Преживели брачни се друг као законски наследник у далматинском праву јавља само изузетно, а Пашки статут не спада међу те малобројне изузетке.[88]

---

83 Пашки статут V, 24, 25. Исто Шибенски статут V, 28, 29, с тиме да се ради о четвртини односно половини ако наслеђују остали даљи овлашћени рођаци. У Шибенику је касније Ref. 267. из 1449. године тај део *pro anima* смањен на шестину.

84 Пашки статут V, 27; Шибенски статут V, 31.

85 Пашки статут V, 28; Шибенски статут V, 32.

86 Пашки статут V, 31 Шибенски статут V, 31.

87 Одредбу садржи и Задарски статут који је дословце преузео наследноправне одредбе млетачког права. Пашки статут V, 31 Шибенски статут V, 35 Задарски статут III, 132. Опширније L. Margetić, (1996), 236.

88 По одредби Задарског статута III, 135 супружници се међусобно наслеђују само у случају непостојања баштиника, сродника ни рођака до четвртог колена. Према старијем праву Цреса жена је наслеђивала половину мужеве оставине, док муж није имао никаквих права на оставину жене. По новијим је правилима одређено је међусобно наслеђивање једне четвртине оставине. Црески статут, 52; I. Beuc, (1953), 131. На Брачу и Хвару брачног друга умрлог без опоруке у браку без дјеце

5.2. Опоручно (тестаментарно) наслеђивање

Активну тестаментарну способност жене су стицале с навршених 14 година, а мушкарци са 16 година.[89] Жена је могла опоручно располагати својим миразом, узмиразјем и осталом имовином, поступајући у складу са Пашким статутом, с тим да се мужу јамчи право уживања њених добара док чува удовчеву постељу.[90]

Записи задарског бележника и плаћеног писара општине Паг, Герардуса де Падуа, садрже велики број опорука мушкараца[91] и жена (удатих,[92] неудатих[93] и удовица[94]).

Право опоручног располагања било је ограничено породичним власништвом. Пашки статут дозвољава оставиоцу потпуно слободно располагање половином своје оставине, а у другој половини која је остајала дјеци смео је преферирати једно дјете десетином вредности укупне имовине.[95] Оба су родитеља мушком или женском дјетету могла оставити највише до десетине вредности оставине изнад дела који му припада.[96] Искључење из наследства предвиђено је једино у случају женидбе без пристанка родитеља.[97]

наслеђивао је преживели брачни друг у вредности трећине оставине. Брачки статут I, 25, 26; Хварски статут II, 34, 35. Упор. L. Margetić, (1996), 242.

[89] Пашки статут V, 6.

[90] Пашки статут V, 9, 14.; Шибенски статут V, 51.

[91] Опоруке мушкараца: SZB II 3/192, 5/193, 7/194, 8/195, 16/202, 17/202, 18/203, 22/206, 29/210, 40/218, 41/219, 47/225, 48/226, 49/227, 52/229, 55/231, 57/235, 60/238, 62/239, 77/252, 78/252, 79/252.

[92] Опоруке удатих жена: SZB II 4/129, 10/196, 14/200, 28/210, 39/217, 46/224, 50/228, 66/243, 71/249.

[93] Опоруке неудатих жена: SZB II 2/191, 33/213, 58/236.

[94] Опоруке удовица: SZB II 6/193, 9/196, 11/197, 19/203, 20/204, 25/208, 42/221, 45/223, 54/231, 63/240, 67/243, 74/251, 82/254, 86/256, 87/256.

[95] Пашки статут IV, 48; V, 18, 20. Преферирање детета у опоруци родитеља присутно је у већини статута далматинских градова. Преферирање дјетета у висини од 10% укупне имовине протеже се у статутима подручја од Раба до Брача (Задра III, 61; Брача II, 3; Хвара II, 30; Скрадина, гл. 10; Сплита, III, 38), за разлику од Шибенског статута (IV, 64) који је повисио могућност преферирања на четвртину укупне оставине, а преузета је из Задра као економски, политички и културно најјачег далматинског средишта. Одредба старог несачуваног задарског статута другачије је формулисана у Задру, а садржајно измењену у Шибенику у правцу веће слободе оставиоца приликом његове раздеобе добара међу децом *mortis causa*. L. Margetić, „Nasljedno pravo descendenata po srednjovjekovnim statutima Šibenika, Paga, Brača i Hvara“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu (Zbornik PFZ*), 22, 3/1972, 343; исти, (1996), 218 219. Трогирски (III, 8) и Рапски статут (II, 5, 11) предвиђају два облика преферирања: тзв. „*super partem*“ у корист дјетета и „*azzaticum*“ у корист унука. Вид. детаљније Ž. Radić, 279 и даље. Изричита забрана преферирања била је прописана статутима Корчуле (А) 36 односно (В) 39 и Котора, гл. 139. Вид. L. Mar getić, (1996), 209 219.

[96] Године 1279. оставилац Богдан са Пага преферира сина десетином „*do et dono tibi ante partem et sup(ra partem decimam partem omnium meorum) bon(orum*

Имовинскоправни режим заједнице стечене имовине одразио се у опоручном наследном праву. Тако, 1336. године, оставилац чије нам име није сачувано, становник Влашића на Пагу, одређујући жену Дису извршитељицом тестамента, наглашава да су имовину заједно стекли (*quod et quecumque cum ea lucratus sum et aquisiui et ipsa mecum*) и признаје јој власништво над половином имовине. Осим тога, кућу у Влашићима и домаће животиње добија на уживање док чува удовиштво. Из тога дела имовине дужна је издвајати *pro anima*, а после њене смрти тај се део враћа сину Продану и кћери Добрици.[98]

Оставилац *Cernota*, сачињавајући тестамент 1336. године пре ходочашћа на гроб апостола Петра и Павла у Риму, јасно разликује брачну стечевину од своје имовине. Жени *Marussi* додељује за издржавање из својих добара 20 великих солида, како јој је обећао у часу склапања брака. Брачну стечевину (кућу и земљу купљену за 11 либри, те земљу дату *ad pastinandum*, купљену за 3 либре) дели са женом. Док устраје у удовиштву може уживати његову половину кућа на Пагу и управљати виноградом, те држати две солане од чијих ће прихода у сагласности са сином Грегоријем годишње давати за душу. Два винограда изричито оставља сину Грегорију. Жени оставља све женске хаљине, а сину мушку одећу. Кућне потрепштине[99] им оставља на једнаке делове.[100]

Тестатори у опорукама деле имовину између дјеце потекле из више бракова уколико их је било.[101]

---

mobilium et immobilium pre)sencium et futurorum quequimtque habeo...", SZB I 135/37. Године 1330. оставилац *Tolis Milya* са Пага такође преферира сина десетином „*Ci prianus habere decimam partem tocius, quod remanserit post dictum obitum vxoris mee*", SZB II 7/194, а 1337. године оставитељица *Cothena*, удовица *Drasi Qualdiceuig* са Пага исто преферира сина десетином добара: „*Item dimitto Johanni, filio meo, totam decimam partem bonorum olim dicti Draxi, viri mei, et totam decimam partem omnium bonorum meorum, ...*", SZB II 82/255.

97 Пашки статут V, 41; Шибенски статут V, 48. Упор. Задарски статут III, 116, 117, 138; Рапски статут II, 10; Брачки статут II, 3; Хварски статут II, 31; Сплитски статут III, 19, 126; IV, 72; Дубровачки статут IV, 13, 23; Ластовски статут, 75; Корчулански статут (B) 40; Которски статут, 144; Будвански статут, 137, 148. Детаљније вид. L. Margetić, (1996), 223 224.

98 SZB II 55/231.

99 О значењу речи кућне потрепштине вид. Пашки статут V, 38.

100 SZB II 77/252.

101 Иако је у средњем вијеку под утицајем црквеног права други брак био непожељан, поновна је женидба или удаја у далматинским комунама била прилично честа, о чему дознајемо из нотарских записа и из статутарних одредби. Тако нпр. Которски статут у цап. 37 спомиње могућност четвртог и даљег брака („*si au tem tertio vel pluries uxoraverit*"). Разлога је било више: велика смртност услијед епидемија куге, велики број младих удовица као посљедица добних разлика између супружника итд. Најважније је питање код склапања другога брака било питање

1329. године *Disislauus Mallinig* половину своје укупне имовине оставља дјеци Паулу и Врани из брака са првом супругом Прибом. Преосталу половину добара оставља другој супрузи Добри и сину Полуану.[102]

1330. године оставитељ чије име није сачувано дели имовину између тројице синова (*Dmincho, Polyano, Dissimero*) и ћерке *Prie* из брака с првом женом те друге жене Раде и њихове кћерке Милице.

Тројици синова и њиховој сестри из првог брака оставља приходе од четири солане на пет година које ће поделити на једнаке делове међу собом. Уједно им оставља неколико гоњаја земље.[103]

Другој жени и кћерки из тога брака оставља кућу и домаће животиње док чува удовиштво. Ако се удовица преуда, имовину ће препустити кћери. Ако, пак, кћи умре прије пунолетства, тада одређује да супруга сву имовину подели на једнаке делове са децом прве жене. Унуцима преминулог сина Церноте оставља виноград.[104]

Неожењени мушкарци и неудате жене најчешће остављају имовину родитељима (или само једноме ако је други умро)[105] или браћи[106] и сестрама.[107]

Удовице понекад потврђују мужев тестамент: тако 1337. године извесна Мирса, кћи пок. *Martini Cherstinig* и удовица *Drusci Golaç*, потврђује и прихвата у потпуности тестамент свога мужа од 16. марта 1330.[108]

Дужност тестаментарног извршитеља (опоручно одређеног или постављеног) могла је да врши особа било којега рода, сталежа или

имовине дјеце из више бракова. Рапски статут (II, 15) і Хварски статут (III, 21) не праве разлике између законитих потомака потеклих из више оставитељевих бракова. Упор. Будвански статут, cap. 150; Дубровачки статут IV, 28 31, 36, 39, 41; Которски статут 156, 162, 165; Шибенски статут V, 16, 49.

[102] SZB II 18/203.

[103] Гоњај је мера sa површину земље (*gognai, gognaius* око 2.370 m2). Задарски гоњај износио је (према Задарском статуту II, 144) двадесет корака у ширину и дужину. Врло вероватно је иста мера важила и на Пагу.

[104] SZB II 8/195.

[105] Године 1329. оставилац *Stipanus Georgii Vegcho* оставља имовину свога оца и осталу имовину мајци Драги. SZB II 18/203, а 1330. године *Marichna*, ћерка *Dmitrii Dmincig,* оставља оцу имовину коју је наслиедила од мајке *Draxenege* и сву осталу имовину. После његове смрти имовину оставља брату *Dmichu* и сестри *Stanchi*, SZB II 33/213.

[106] *Dobriça*, кћи пок. *Brataslaui* и сестра *Johannis Decoleni*, општинског гласника Пага, оставља брату сва своја добра, а после братовљеве смрти његовом сину Витцу, SZB II 2/191.

[107] Године 1337. *Maria*, кћи пок. *Milogne Moiacig* оставља сестри удовици на уживање солане две године, после чега ће их продати и новац поделити на начин изражен у тестаменту. Кћерима пок. брата *Petra Choteni* и *Dessi* оставља трећи део куће на Пагу и део куће сестре *Dmincie*, SZB II 58/236.

[108] SZB II 63/240.

положаја под условом да је пунолетна и да не спада у лица којима то статут изричито забрањује.[109] Дужност им је, слично туторима, састављање покојникова инвентара, при чему сносе одговорност за целокупну имовину оставитеља.[110]

За имовину мужа умрлога без опоруке, жени се постављају оставински извршитељи из редова покојникових рођака, који ће јој док буде живела у удовиштву примерено додељивати приходе од покојникових добара за издржавање.[111] Оставилац може опоручно одредити оставинске извршитеље који ће жени док буде живела у удовиштву додељивати одговарајуће приходе.[112]

Удовица поновном удајом престаје вршити дужност опоручне извршитељице над добрима преминулога мужа.[113]

6. КРИВИЧНО ПРАВО

Кривично право Пашког статута садржано је у шестој књизи, те у Пашком казненом статуту из 1460. године. Жена не одговара

[109] Удате жене именују опоручним извршителима: мужа SZB II 10/196, 39/217; децу 14/200; мајку 50/228; сестру 10/196; брата 14/200; свештеника 39/217, 46/224. Удовице именују опоручним извршитељима: сина и кћи SZB II 11/197, ћерку SZB II 54/231, 67/243, мајку SZB II 54/231, 63/240, свештеника, SZB II 63/240. Мушкарци именују опоручним извршитељима: жену SZB II 55/231; рођака и брата, SZB 40/218; оца SZB II 41/219; свештеника кума SZB II 47/225; унука SZB II 48/226; задарског племића *Grisogona de Vitchor* SZB II 62/239; двојицу пријатеља SZB II 79/253.

[110] Пашки статут V, 11 13, 15, 16, 37. Детаљније о дужностима опоручних извршитеља V, 37. За разумевање института опоручног извршитеља нужно је анализирати развој тога института у византијском праву, гдје је опоручни извршитељ био у почетку искључиво тутор малолетне особе, L. Margetić (1982) 519, 523 525, 534; (1996) 39. Установа опоручног извршитеља најјасније је присутна у Дубровачком IV, 74 77; Которском, *cap*. 187 191, те Будванском статуту, *cap*. 168. Спомињу је Сплитски III, 28, 29; Задарски III, 122, 123 и Шибенски статут V, 14 20, 44. Детаљније за Дубровник вид. V. Čučković, „Epitropi u starom dubrovačkom pravu“, *Godišnjak Pravnog Fakulteta u Sarajevu* 11/1963, 257 274; за Будву, вид. Ž. Bujuklić, 153; за Kotor: I. Sindik, 133. Уопште о институту извршиоца тестамента R. Zim mermann, *Roman law, Contemporary law, European law, The Civilian Tradition Today*, Oxford 2001, 160 163.

[111] Пашки статут V, 26; Шибенски статут V, 19.

[112] SZB II 40/218, 57/235, 77/252. У оба се случаја жени оставља приход од 20 великих солида. У суседном Рабу ако муж из своје куће истера жену без икаква разлога, он није обавезан да јој изручи мираз, него само да јој за издржавање даје 20 солида годишње, а ако мираз или женин наследни део у имовини њезина оца износи више од 1000 либара, онда ће његов допринос за њено издржавање износити 50 либара. Тек ако муж не би плаћао алиментацију, он је био обвезан вратити јој „сва њезина добра“. Ако је, пак, жена ухваћена у прељуби, муж није дужан да је издржа нити да јој изручити њен добра, Рапски статут II, 13; L. Margetić, P. Strčić, 46 47.

[113] Пашки статут V, 13; Шибенски статут V, 16.

због преступа, уговора или кривице мужа, као и обратно, с изузетком заједничке стечевине брачних супружника.[114] Починитељи кривичних дела кажњавају се једнако без обзира на пол, а код штета које су нанесене животињама женкама, казна је једнака као и у погледу мужјака.[115]

За кривично дело чаробњаштва или давања отровних трава једнако се кажњава мушкарац или жена.[116] Пашки казнени статут познаје посебно дело врачбина или давања отровних трава из љубави (које се у народу назива љубавним напитком), код којег је такође запрећено једнако кажњавање мушких и женских починилаца.[117]

За силовање девице или удате или већ оскврнуте жене је прописана смртна казна.[118] За силовање нечије кћери или сестре девице које немају оца, ако оштећена силоватеља не усхтједне за мужа, дужан јој је платити мираз, а ако нема откуда, кажњава се годином дана општинског затвора, а након тога петогодишним прогонством из града и отока Пага.[119]

Кривично дело прељубе спомиње се у контексту растављених жена које су биле враћене кући вољом мужа, када су поновно стицале право на свој мираз.[120]

Одлука донесена у Већу умољених о окрутним злоделима, којом се извршиоцу одузимају сва добра, које год врсте била, изравно погађа целу породицу преступника.[121]

---

114 Пашки статут II, 24; Шибенски статут II, 53.

115 Пашки статут V, 40; Шибенски статут V, 47.

116 Пашки казнени статут: О онима који почине какве врачбине или даду отровне траве. Под казненим дјелом чаробњаштва статути подразумијевају справљање отровних трава и у том смислу одређују казне за *herbariae*, док Дубровачки (VI, 7) и Корчулански статут (А) 12 одређују поближе његов садржај тајанствене делатности којом се људима могу нанети тешке штете.

117 Пашки казнени статут: „О онима који почине какву врачбину или даду какве отровне траве из љубави“.

118 Пашки казнени статут: „О онима који би раздјевичили коју дјевицу или би насилно обљубили удану или већ оскврнуту жену“. Статути често одређују да силоватељ може избећи казну ако дође до женидбе (Дубровачки статут VI, 6) или барем до осигурања мираза жртви (Хварски статут II, 2; Сплитски статут IV, 37). Шибенски статут (VI, 61) одређује да се са евентуалном женидбом морају сложити рођаци жртве. Разликује силовање блуднице, властите или туђе служавке. Према Брачком (III, 12) и Хварском статуту (III, 14) кажњавање силоватеља препуштено је кнезу, L. Margetić, (1997), 251; I. Jaramaz Reskušić 53, 76 77.

119 Пашки казнени статут: „О онима који би имали однос с (нечијом) кћери или сестром дјевицом, које немају оца“.

120 Пашки статут V, 43.

121 Додаци Пашком статуту уз II, 35. Шибенски статут IV, 29; Сплитски статут IV, 74; Хварски статут II, 25; Корчулански статут (А) 2; Будвански статут, *cap*. 192; Скрадински статут, *cap*. 49.

7. ПРОЦЕСНО ПРАВО

Велики број нотарских записа указује да су жене за наступ пред пашком куријом најчешће именовале заступнике.[122] Према одредби Пашког статута особе у власти другога ни малолетници нису могли у своје име иступати на суду.[123]

За решавање спорова између ближњих и крвних сродника првога и другога степена, Додаци гл. II, 35 Пашког статута предвиђају избор мировних судија споразумно или уз помоћ пашкога кнеза.[124] За разрешавање спорова о нечијем очинству и осталим сродничким односима било је довољно јавно мнење, без посебних доказа, уз процену пашкога кнеза и Великога суда.[125]

Сродници, укључујући треће колено, нису могли сведочити у корист права својих сродника, нити је лице које је некоме потчињено могло сведочити у корист онога коме је подређено.[126]

Жена која је због прељубе пресудом црквеног судије била растављена од мужа није имала активну парничну способност за повраћај мираза, осим ако јој муж није опростио прељубу.[127]

8. ЗАКЉУЧАК

Правни положај жене по одредбама Пашкога статута не разликује се у битноме од осталих статута далматинске правне регије. Јасно је видљив утицај Задарског статута из 1305. године (као и

[122] Тако, године 1350. Радица пок. Дминција, становница Пага, именује свог прокуратора, SZB III 115/80; године 1350. Катарина, жена *Maura Barta de Grisogo no*, као заступница свог сина Бартола именује прокураторе Јанина пок. *Kolana de Calcina* и Луку Кудовића из Пага, SZB III 190/132. Године 1355. године Маргарита, кћи пок. Јурја Бланцулинија, обућара, и жена Вида пок. Бонана (Добрице) из Задра, тесара, становница Пага, именује својим заступником свога брата Јакова, обућарског мајстора и опуномоћује га да је заступа у парници с Матејем званим Дудоло, свештеником цркве Св. Стошије, и његовом сестром Тољом, женом Перула, обућара из Задра, SZB IV 420/644. Године 1355. пред градском ложом која је имала функцију суднице (*logia*) Филип Злорадић, жупник цркве Св. Петра у Задру, заступник Липе Злорадићеве, изабране за опатицу самостана Св. Марије у Задру, тражи од Димитрија де Матхафариса, бискупа нинскога и Николе де Матхафариса, надбискупа задарскога, декрет о избору споменуте Липе опатицом, SZB V 126/189.

[123] Пашки статут II, 26; VI, 62.

[124] Године1350. Медеван из Пага, с једне стране, те Стјепан син и баштиник *Ivana de Qualis* с друге стране, споразумно именују нове мировне судије у неком њиховом спору, SZB III 266/179.

[125] Пашки статут III, 3.

[126] Пашки статут III, 14.

[127] Пашки статут V, 43; Задарски статут III, 94; Шибенски статут V, 50.

уплив старог, несачуваног задарског статута), али и суседног хрватског односно хрватско-угарског права, које је важило на копну у непосредној близини.

Статутарни су прописи важили за све оточане, без обзира на пол. Обим пословне способности зависио је од узраста, пола и здравља. Узраст у коме се стицала пунолетност подигнута је у односу на већину статута и норме црквеног права на 14 година за жене односно 15 година за мушкарце.

Удата жена била је под мужевом влашћу и без његова одобрења се није могла обвезивати. Временом за правне послове удате жене није више била довољна мужева сагласност, већ се захтевало и суделовање општинских власти односно кнеза и курије.

Као у осталим статутима далматинске правне регије, положај удовице је био релативно повољан и оне, као ни одрасле неудате жене, нису биле ограничене у пословној способности.

Под утицајем Задарског статута подробно је уређен институт старатељства односно скрбништва (туторства). За разлику од других статута далматинске правне регије, мајка је била овлашћена да врши дужност старатеља недораслој дјеци до закључења другог брака. У случају мужеве неурачунљивости или слабоумности, жена је овлашћена да врши дужност тутора, те у том својству може наступати на суду и изван њега у свим правним пословима.

Одредба Задарског статута по којој се жени удатој на словенском подручју забрањује удео у родитељским добрима (осим у случају трајног боравишта на подручју комуне) изричито се поштовала у погледу Пажана и обзиром на Пажане. То јасно показује тенденцију спречавања преласка имовине у руке странаца, која је с тенденцијом спречавања деобе породичне имовине путем миразних располагања један од узрока подређеног положаја жене у комуналним правним ссистемима.

Међу новије одредбе Пашког статута спада одредба о брачном режиму заједнице стечене имовине, у којој се огледа утицај хрватског права са суседног копна. Женино право на половину стечене имовине ограничено је на случај смрти или уколико брак престане на други начин, уколико је ушла у брак без мираза и ако у браку није било дјеце.

Услед двосмислености статутарних одредби о намирености удате и дотиране кћери, Додаци Пашком статуту разјашњавају дилеме, одређујући мираз као законски удео удате кћери у делу који је обухваћен брачним уговором или исправом о миразу.

Супружници међусобно нису одговарали за уговоре и дугове, с изузетком заједничке тековине, као ни дјеца за уговоре родитеља.

Статутарне одредбе и нотарски записи сведоче о учешћу жена у правним пословима купопродаје, даровања, трампе, најма (винограда, земљишта, солана, складишта соли), зајма, итд. Одредба Задарског статута о забрани давања зајмова особама било којега пола важила је и за Пажане, а Пашки статут изричито забрањује Пажанима и странцима давање зајмова и залога слугама и слушкињама, чиме јасно дискриминира ту категорију становништва. Жена није одговарала за зајам мужа, осим уколико га је употребио у њену корист.

Уплив старог несачуваног задарског статута највише се огледао у наследном праву, нарочито у установама преферирања одређеног детета и специфичног наслеђивања кућа од мушке дјеце.

Правила законског наслеђивања једнако су се примењивала на жене и мушкарце. Дјеца оба пола изједначена су у наслеђивању, с изузетком очевих кућа на Пагу, које припадају искључиво синовима и њиховим мушким потомцима. Кћери су биле овлашћене наслеђивати куће што их је оставила мајка. Стамбену зграду коју би оставио отац наслеђивала су дјеца оба пола. Повлашћен положај мушке дјеце произлази и из одредбе по којој су могли захтевати да се очеве и мајчине куће заједно поделе међу децом оба пола.

Жене су, као и мушкарци, имале право располагати половином имовине, док су из друге половине, која је припадала дјеци, имале право преферирати једно дете без обзира на пол десетином вредности укупне имовине. Право обају родитеља на искључење дјеце из наследства било је могуће једино у случају женидбе односно удаје без воље родитеља.

Дужност тестаментарног извршитеља жена је вршила под условом да је била пунолетна и да није спадала у лица којима то статут изричито забрањује. Изузев у погледу заједничке тековине, супружници међусобно нису одговарали због преступа. Казне су биле једнаке за извршиоце кривичних дела оба пола.

Поред поменутих статутарних одредби, слика пашког комуналног правног система је употпуњена анализом нотарских записа, који дају целовитији увид у стварно стање и живот права у пракси. Тако, они сведоче да су за иступање пред судом жене најчешће ипак именовале прокураторе, иако из статутарних одредби произлази да су пунолетне женске особе, које нису биле у власти другога, имале право да у своје име иступају пред судом. Статутарне одредбе, које представљају нормативну страну једног правног система, добијају пуни смисао кроз њихово сагледавање у сачуваним документима о појединим правним пословима, што се настојало постићи и у овом раду.

Dr. Vilma Pezelj

Assistant Professor
University of Split Faculty of Law

LEGAL POSTITION OF WOMEN IN THE MEDIEVAL CITY OF PAG

Summary

The subject matter of this article are certain aspects of legal position of women under the Statute of the medieval city of Pag, especially their status, family matters including marital relations, property, and the rules of criminal and procedural law which particularly apply to women. The author compares the Statute of Pag with the statutes of other Dalmatian medieval cities (e.g. Zadar and Šibenik). The fact that the compared sources of law have common origin, *i.e.* that they derive from the old and unsaved Statute of Zadar, provides a good starting point for historical and legal analysis. Also, the analysis takes into account preserved individual contracts and other legal documents, as well as the notary sources.

The author holds a position that tendency of the city authorities to prevent foreigners from acquiring property, and to avoid division of the family property by dowry, caused the inferior position of women in the communal legal systems. Thorough analysis of the Statute of Pag reveals clear influence of the Statute of neighboring City of Zadar, and of the Croatian-Hungarian law. The author indicates existence of legal transplants and borrowings in the medieval statutes in Dalmatia.

Key words: *Legal position of woman. – Statute of Pag. – XV century Croatia. – Dalmatian Statutory Law.*

УДК 343.224-053.6(410)

Др Љиљана Радуловић

ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду

МАЛОЛЕТНИЧКО КРИВИЧНО ПРАВО ЕНГЛЕСКЕ И ВЕЛСА ИЗМЕЂУ „ЕТОСА БРИГЕ И ЗАШТИТЕ“ И „ЕТОСА ОДГОВОРНОСТИ И КАЖЊАВАЊА“

Аутор у раду излаже сумаран преглед најзначајнијих нормативних решења која су од почетка прошлог века до савременог периода обележила политику сузбијања малолетничког криминалитета у Енглеској и Велсу. У питању је правни систем који је интересантан с више аспеката: с једне стране, из овог правног система потичу неке од најзначајнијих иновација у области поступања с малолетницима у сукобу са законом, као што су реформаторске и индустријске школе, установљење посебних судова за малолетнике, формирање пробацијских и социјалних служби специјализованих за рад с малолетним учиниоцима кривичних дела, развијање система алтернативних мере и санкција као и концепта намирења жртве, увођење мултиагенцијских тимова за рад с малолетним учиниоцима кривичних дела, и др. С друге стране, присутан је константан репресивни приступ који се посебно испољава на плану примене институционалних санкција, па се у литератури срећу констатације да у овом систему постоји упадљив афинитет према затворским институцијама, као и да се ради о једном од најрепресивнијих система малолетничког права у Европи.

Кључне речи: *Малолетничко кривично право. Welfare модел третирања малолетника. Justice модел третирања малолетника. Неокорекционализам. Институционалне санкције.*

I

Изградити на нормативном плану концепт сузбијање малолетничке делинквенције који ће у пракси дати позитивне резултате, представља један од највећих изазова политике сузбијања криминалитета у свим државама и императив успешног супротстављања крими-

налитету у целини. Да то није једноставан задатак, указују аутори који наводе да ова област представља „историју парадокса, ироније, контрадикторности, конфликата, компромиса..., балансирања између ‘етоса бриге и заштите’ које спроводе социјалне службе и ‘неолибералног легалистичког етоса’ у чијем центру су одговорност и санкционисање. Укратко, малолетничко кривично право је динамична област сталних промена, у оквиру које су у перманентном фокусу и надметању концепти који укључују (у многим аспектима супротстављене) појмове *welfare* и *justice*, ‘неформалност’ и ‘кажњавање’, ‘права’ и ‘одговорност’“.[1]

Концепт сузбијања малолетничког криминалитета у Енглеској и Велсу карактеришу перманентне промене које се у последњих неколико деценија крећу од развијеног *welfare* модела, ка *justice* моделу и *neocorrectionalism*-у као његовој савременој варијанти. У свим реформама које су биле бројне, задржана је казна затвора и поред присуства других мера институционалног карактера. Како поједини аутори наводе, у историји нормативне политике и праксе малолетничког права у Енглеској и Велсу, приметан је упадљив афинитет према затворским институцијама.[2]

Енглеска и Велс се сврставају у земље са највећим бројем малолетника осуђених на санкције институционалног карактера, укључујући и казне затвора.[3] Тај број је у сталном порасту од почетка

[1] B. Goldston, J. Muncie, „Critical Anatomy: Towards a Principled Youth Justice“, *Youth Crime and Justice* (ed. B. Goldson, J. Muncie), Sage Publications, London 2006, 204 206. У овом часопису се у више наврата поклањала пажња правном реаговању на кривична дела која почине малолетници, тако да се већ кроз увид у те текстове може пратити укупна динамика ове области у нашем правном систему, вид. М. Ђорђевић, „Одмеравање казне строгог затвора малолетнику за дела у стицају преко максимума предвиђених у чл. 72. Кривичног законика“, *Анали Правног факултета у Београду* 3 4/1953, 467 470; Ј. Таховић, „Проблем малолетника у кривичном праву“, *Анали Правног факултета у Београду* 3/1955, 280 303; Љ. Лазаревић, „Млађи пунолетници нова категорија у нашем кривичном праву“, *Анали Правног факултета у Београду* 4/1961, 553 558; исти, „Законодавна надлежност у регулисању кривичноправног положаја малолетних учинилаца кривичних дела“, *Анали Правног факултета у Београду* 1 2/1975, 95 105; Т. Васиљевић, „Критички осврт на примену кривичног права према малолетницима“, *Анали Правног факултета у Београду* 3 4/1965, 412 421; З. Мршевић, М. Обретковић, „Међународноправна заштита физичког интегритета малолетника у кривичном поступку и поступку извршења кривичних санкција“, *Анали Правног факултета у Београду* 6/1992, 583 598; В. Миладиновић, С. Константиновић Вилић, В. Ђурђић, „Примена кривичноправних мера према ма лолетним преступницима“, 1 2/1994, 134 147; О. Перић, „Деценија великих про мена у кривичном статусу малолетника“, *Анали Правног факултета у Београду* 1 2/1994, 172 185.

[2] A. Hagell, N. Hazel, „Macro and Micro Patterns in the Development of Secure Custodial Institutions for Serious and Persistent Young Offenders in England and Wales“, *Youth Justice*, 1(1), 3 16. Наведено према B. Goldston, J. Muncie, 139.

[3] Према подацима Савета Европе из 2002. године, у Енглеској и Велсу је 2.869 лица узраста испод осамнаест година било на издржавању затворске казне, у Турској 2.237, у Јужној Африци 4.158, у САД 104.413. N. Hazel, „Cross national

90-тих година, када се консолидовао тзв. „нови пунитивизам“ у области политике сузбијања малолетничког криминалитета. Према подацима из марта 2004. године, 3.251 малолетника (од 10–17 година) је био смештен у казнене институције. Од тога 2.772 малолетника су боравила у институцијама затворског система, 290 у институцијама за малолетнике у оквиру локалних заједница (*Local Authority Secure Childrens Homes*) и 189 у специјалним центрима затвореног типа (*Secure Training Centres*) који су изван државног система руковођења, под приватном управом.[4] У литератури се указује да прибегавање санкцијама институционалног карактера, пре свега затворским казнама, није рефлексија степена малолетничког криминалитета нити је у директној корелацији са обимом извршених тешких кривичних дела. Такође, није у вези ни са позитивним превентивним учинцима. Напротив, штетне последице од боравка малолетника у затворским и другим институцијама, оправдавају став да нови пунитивизам репрезентује „пенолошки ирационализам“ и да је пре свега продукт одређених политичких калкулација.[5]

Имајући у виду неколико најзначајнијих правних аката од почетка прошлог века до савременог периода, указаћемо на поједине карактеристике малолетничког кривичног права Енглеске и Велса, с акцентом на санкцијама институционалног карактера.[6]

1**.** Доношењем *Children Act*-а из 1908. године започињу промене на нормативном плану којима се постепено уводи хуманија пракса поступања с малолетним учиниоцима кривичних дела.[7] Њиме су установљени судови за малолетнике, којима је наложено да малолетнике не третирају као особе које треба кажњавати, већ их пре-

---

comparison of youth justice“, 59, вид. *www.yjb.gov.uk*, посећено 11. август 2009 (The University of Salford, Youth Justice Board /YJB 2008/).

[4] Према подацима Одбора за малолетничко правосуђе (*Youth Justice Board),* укупан број санкција институционалног карактера изречених малолетницима показује огроман пораст. Од 4.000 институционализованих малолетника у 1992. го дини, тај број се попео на 7.600 у 2001. години. И поред строге казнене полити ке, поврат међу малолетницима не опада, већ је у порасту, вид. B. Goldson, „Penal Custody: Intolerance, Irrationality and Indifference“, *Youth Crime and Justice* (ed. B. Goldson, J. Muncie), Sage Publications, London 2006, 145.

[5] *Ibid.,*140.

[6] Природа ових санкција и висок проценат у коме се изричу, основни су ар гумент на основу кога се код неких аутора среће (претерано оштра) квалификација да Енглеска и Велс имају један од најрепресивнијих малолетничких правних систе ма у Европи, вид. B. Goldson, J. Muncie, ix.

[7] Овај законски акт је продукт времена у коме је настао, које је карактерисало јачања социјалне функције државе у многим областима па и на плану заштите и бриге о деци. То је период у коме се уводи здравствена заштита у школски систем, бесплатни оброци за ђаке, посебни образовни и други програми за децу са физичким и менталним проблемима, и др. *Ibid.,* 8.

васходно треба реформисати, па су у том духу у формалне оквире уведене реформаторске и индустријске школе за малолетне делинквенте, забрањено је изрицање казне затвора делинквентима испод 14 година старости и уведена рестриктивнија примена затворских казни за учиниоце кривичних дела узраста од 14 до 15 година.

У овом периоду су посебним актима установљени *Probation Services* за малолетнике и *Borstals* заводи у које су смештани делинквенти узраста од 16 до 21 године. Режим у овим институцијама је био изузетно строг, с детаљно испланираним дневним активностима које су имале за циљ да малолетници промене своје лоше навике и личне карактеристике које су их водиле у свет криминала. Санкција упућивања у Борсталс заводе била је за то време значајна алтернатива за казну затвора, а изрицана је у неодређеном трајању за период од 1 до 3 године. Систем је обухватао више фаза од којих је свака наредна била повољнија за малолетника, па су тако стимулисани да добрим владањем и успехом заслуже прелазак у наредну фазу.[8]

2. *Children and Young Persons Act* из 1933. године је изражавао филозофију велферизма и у складу с тим упућивао на то да сваки суд пред којим се разматра случај малолетничког криминалног акта, има основну дужност да делује у правцу добробити малолетника и да у највећој могућој мери штите њихове интересе.[9] Малолетни делинквент се третира као особа с посебним потребама и изједначава с незбринутим и напуштеним малолетницима којима држава замењује родитеље и преузима надзор и бригу над њима.[10]

Овим актом је укинута смртна казна за учиниоце кривичних дела млађе од 18 година. Индустријске и реформаторске школе установљене још у XIX веку (1857. године), прерасле су у заводе за васпитање и поправљање малолетника (*Approved Schools*), у којима су

[8] T. Newburn, „Youth, Crime and Justice“, *The Oxford Handbook of Criminology* (ed. M. Maguire, R. Morgan, R. Reiner), Clarendon Press, Oxford 1997, 638 639.

[9] B. Goldson, J. Muncie, 204.

[10] У питању је *Parens Patriae* доктрина, према којој држава преузима бригу о деци када родитеља нису у могућности или не желе да се старају о потребама малолетника. У основи *welfare* модела је позитивистички концепт детерминизма, који се изражава кроз став да је делинквентно понашање детерминисано пре свега неповољним социјалним факторима за које малолетник не треба да сноси кривицу. Дужност је државе да према малолетнику предузме мере заштите, помоћи и трет мана, а не да реагује применом казне. Суштина државне реакције на малолетнички криминалитет треба да буде у складу са потребама и у најбољем интересу малолет ника, а не реакција у пропорцији са деликтом који је учињен. Даља консенквенца овога полазишта манифестовала се кроз схватање да за малолетне делинквенте тре ба оформити неку врсту социјалних трибунала, као алтернатива регуларним кривич ним судовима. M. Cavadino, J. Dignan, *Penal Systems a Comparative Approach,* Sage Publications, London 2007, 202.

полазници добијали основе општег и стручног образовања, а према потреби су били подвргавани и одређеним третманима. Овим актом су први пут формиране и посебне професионалне социјалне службе искључиво надлежне за малолетнике. Закон је био снажно оријентисан на примену мера алтернативног карактера уместо казне затвора.

3. *Criminal Justice Act* из 1948. године уводи низ додатних рестрикција у кажњавању малолетника, посебно казном затвора. Али, овај закон је значајан и због тога што је њиме укинуто телесно кажњавање малолетника. Установљене су нове санкције институционалног карактера, с циљем да се потпуно одвоје малолетни делинквенти од пунолетних лица, као и *Attendance centres* намењени за боравак учиниоца лакших кривичних дела који су били у некој врсти константног поврата. У овим установама су могли да проводе слободно време и да се укључе у различите програме. Најзначајнија новина је установљење *Detention Centres,* чија је сврха била да се у току краћег боравка (од 3–6 месеци) делинквенти узраста од 14 до 21 године подвргну строгом режиму који је укључивао стриктна правила и дисциплину као и обавезан рад, с циљем да малолетнике непријатно искуство током боравка у овим центрима одврати од поврата.[11]

Током 50-тих и 60-тих година долази до снажних социјалних промена унутар британског друштва, па се и малолетничка делинквенција која је била у порасту, објашњавала дубоким структурним конфликтима у друштву.[12]

4. *Children and Young Persons Act* из 1969. године се сматра врхунцем велферизма. На основу овог закона, за малолетнике млађе од 14 година, кривични поступак је био могућ само у случајевима извршења кривичног дела убиства, где је граница спуштена на узраст од 10 година.[13] Закон је упућивао да, кад год је могуће, кривичне ствари малолетника од 14 до 16 година старости треба решавати изван

[11] C. Emsley, „The History of Crime and Crime Control Institutions“, *The Oxford Handbook of Criminology* (ed. M. Maguire, R. Morgan, R. Reiner), Clarendon Press, Oxford 1997, 82.

[12] Настали су као последица дисолуције британске империје и ерозије по литичке и економске супремације, затим услед слабљења традиционалних породич них и моралних вредности, промена у породичним односима, под утицајем нових културних образаца у понашању младих, и др. У том периоду ће у оквиру конзер вативних политичких и друштвених структура на плану политике сузбијања крими налитета јачати концепт *Law and Order,* а концепт велферизма ће постепено губити своје позиције у мери у којој је и на економском и социјалном плану уступао место неолиберализму.

[13] Потврђено је решење из *Young Persons Act* а из 1963. године. L. B. Curzon, *Criminal Law,* Macdonald&Evans, London 1980, 61 62.

суда, а уместо институционалних санкција, тежиште треба да буде на примени алтернативних, парапеналних мера. Прихваћен је принцип да излагање малолетника судском поступку треба да буде „последење решење“. У оквиру мера социјалне политике установљене су при локалним заједницама установе за боравак и едукацију малолетника који су имали проблеме са законом, а локалне социјалне службе су добиле право да предузимају превентивне мере у комуникацији с родитељима деце склоне антисоцијалном понашању.

За малолетнике који су извођени пред суд, основне мере су имале карактер бриге и надзора (*Care order* и *Supervision order*), а њихово извршење су надгледали социјални радници који су имали значајна дискрециона овлашћења.

Овај правни акт је продукт сукоба ставова присталица *welfare* и *justice* опције у функционисању малолетничког правосуђа. Претходили су му значајни предлози као, на пример, да се подигне граница одговорности малолетника са 10 на 14 година и за случајеве извршења убиства, да се установе породични савети и породични судови који би преузели већину надлежности малолетничких судова, и др. Законом из 1969. године потврђена је, за још један (краћи) период, доминација филозофије велферизма на нормативном плану.[14]

Како се у литератури наводи, „трагедија“ овога акта је била у томе што је нападан са свих страна, како од политичара, тако и од јавног мњења које је у великој мери било инструментализовано од стране медија и самих политичара, чија је основна теза била да малолетнички правосудни систем постаје све блажи, упркос томе што је реалност на плану малолетничког криминалитета све тежа. У стручним и у политичким круговима, решење је нађено у предлогу да се уведе систем *двоструког колосека*,[15] који ће омогућити да се малолетним делинквентима који врше теже деликте и који су истрајни у криминалном понашању, изрекну озбиљније казнене мере (према којима ће се малолетници односити са више респекта), у складу са принципом *law and order*. Сугерисана је и реафирмација *Detention* центара, који не би подсећали на „летње кампове“, већ на конструктивно организован живот и рад у условима који јачају осећај дисциплине (*short-sharp-shock treatment*), као и поштовање друштвених вредности и ауторитета. Циљ је био да по повратку на слободу они

---

14 T. Newburn, „Youth, Crime and Justice“, *The Oxford Handbook of Criminol ogy,* (ed. M. Maguire, R. Morgan, R. Reiner), Clarendon Press, Oxford 1997, 641.

15 У литератури се среће и термин *Bifurcation*, којим се означава политика санкционисања која раздваја приступ према „обичним“ криминалцима у односу на које се може очекивати да ће ефикасно деловати и примена блажих санкција, у односу на „опасне“ делинквенте на које треба применити најтеже санкције. *Ibid.,* 641 642.

који су боравили у центрима не пожеле да се на такво место поново врате.[16]

Супротно идеји заштитничког модела на коме је заснован законски акт из 1969. године, крајем 70-тих година је дошло до пораста примене казне затвора на малолетнике, уз истовремено опадање примене алтернативних санкција. У литератури се оваква реалност означава као велики парадокс, с обзиром на амбиције и очекивања у делу стручне јавности да се политика сузбијања малолетничког криминалитета креће у правцу афирмације социјалних и педагошких мера, с минималним упливом кривичног законодавства и правосуђа.[17]

5. *Criminal Justice Act* из 1982. године се у литератури означава као фундаментални атак на заштитнички (*welfare*) модел, као прекретница у правцу све већег потенцирања индивидуалне одговорности малолетног делинквента, али и одговорности родитеља, пропорционалности изречених санкција тежини деликта, и слично. Уз то, јача улога суда у доношењу одлука о мерама за малолетне делинквенте, уз истовремено умањење улоге социјалних служби на том плану. Улога социјалних органа се све више етаблира као функција помоћи правосудним органима, као њихов сервис, нарочито у поступку извршења парапеналних мера. Интересантне су и промене на терминолошком плану. Заштитнички модел је за малолетне учиниоце увео термин *малолетник са посебним потребама*, док нови приступ реафирмише појам *малолетног преступника,* односно *делинквента*.[18] Све више се афирмишу и ставови конзервативних аутора да је примарна функција малолетничког правосудног система да држи под контролом малолетне делинквенте, а не да се брине о њима, што је *welfare* систем учинило сувише благим у реговању на криминалитет ове старосне популације.[19]

Овим актом се на плану сузбијања лакших форми криминалитета шире афирмише диверзиони модел и у оквиру њега мера упозорења (*caution*)[20]*,* а током 80-тих година је значајно порасла и примена мере надзора (*supervision order*).[21] Закон је био оријентисан

[16] *Ibid.,* 640 642.

[17] M. Cavadino, J. Digam, *The Penal System: An Introduction*, Sage Publications, London 2007, 315.

[18] T. Newburn, 643.

[19] B. Goldson, J. Muncie, 204.

[20] Меру изриче полицијски службеник у форми упозорења малолетном учи ниоцу да у случају поновљеног деликта може да очекује тежу санкцију. Представља алтернативу процесуирању од стране тужиоца и суда.

[21] Санкција коју изриче суд учиниоцима млађим од 18 година, а која се састоји у надзору од стране службеника пробације, представља еквивалент санкције *Probation Order* која се примењује на пунолетна лица.

на смањење примене казни и мера институционалног карактера кроз ширу примену санкције рада у јавном интересу (*Community Service*),[22] посебно за малолетнике узраста изнад 16 година. Установљен је нови систем институција за смештај малолетних учинилаца кривичних дела, које су обухваћене заједничким називом *Youth Custody Centres.* Истовремено је редуковано упућивање малолетника у *Detention Centres*, а укинути су Борстал заводи, као и санкције лишења слободе неодређеног трајања. *Criminal Justice Act* из 1988. године је заменио *Youth Custody Centres* и *Detention Centres,* новим заводима за малолетнике под обједињеним називом *Young Offenders Institutions*.[23]

Влада Маргарете Тачер је у овом периоду успела да редукује укупну затворску популацију, укључујући и малолетнике, а тиме и буџетска издвајања за затворе. То је учињено тако што је тежиште у сузбијању криминалитета стављено на „неофицијелне" форме дисциплинских мера и контроле, са значајном улогом полиције, социјалних и пробацијских служби, а институционалне мере су примењиване само за теже облике криминалитета.[24] Реаговало се према принципу „минимум неопходне интервенције". За овај период се наглашава да су основни правци у сузбијању криминалитета били засновани на три принципа: *diversion, decriminalisation* и *decarceration*.[25] Крајњи резултат овакве политике је довео до тога да је за десет година значајно смањивана затворска популација, тако да је са 7.900 малолетника који су 1981. године издржавали заводске санкције, до 1990. године тај број смањен на 1.700 малолетника.[26] Оваква кретања треба приписати рационалној политици неолиберализма оријентисаној на што рестриктивнија буџетска издвајања, а не политици блажег и хуманијег односа према малолетним делинквентима.

6. *Criminal Justice Act* из 1991. године, између осталог, мења назив *Juvenile Courts* у *Youth Courts*, ојачана је сарадња између полиције, служби за пробацију и локалних центара за социјални рад, као и положај ових органа у функцији сервиса судова за малолетнике. Овим актом је уведено разликовање малолетника на две категорије –

---

[22] Официјални назив за *Community service order* од 2001 до 2005. године је *Community punishment order,* а за *Probation order* *Community rehabilitation order.*

[23] Институције затвореног типа у којима малолетници издржавају санк ције лишења слободе. Налазе се под управом органа надлежних за затворске институције.

[24] J. Muncie, G. Hughes, „Modes of Youth Governance: Political Rationalities, Criminalization and Resistance", *Youth Justice: Critical Readings* (ed. J. Muncie, G. Hughes, E. Mclaughlin), Sage Publications, London 2002, 1 16.

[25] H. Hendrich, „Histories of Youth Crime and Justice", *Youth Crime and Justice* (ed. B. Goldson, J. Muncie), Sage Publications, London 2006, 12 13.

[26] B. Goldson, J. Muncie, 141.

children, узраста од 10 до 13 година и *young offenders* (*persons*), узраста од 14 до 17 година, а уводи се и категорија млађих пунолетних лица – *young adult offenders*, узраста од 18 до 20 година. Заводске мере су редуковане у погледу трајања на 12 месеци, а предвиђен је и надзор над малолетницима по изласку из институција. Сматра се да је овај правни акт потврдио доминацију правосудног (*justice*) модела у третирању малолетних преступника.[27]

7. *Criminal Justice and Public Order Act* из 1994. године означава даље јачање *justice modela,* односно неокорекционализма као његове посебне форме. Под утицајем пораста криминалитета, и то у форми тешких кривичних дела извршених од стране веома младих особа (случај који је посебно потресао Британску јавност било је убиство дечака од две године, које су 1993. у Ливерпулу извршила двојица десетогодишњака), али и под јаким притиском јавног мњења, у Енглеској и Велсу генерално долази до јачања репресивног приступа у сузбијању малолетничког криминалитета, посебно за теже деликте. Изјава премијера Џона Мејџора (*John Major*) да је дошло време да се мало више примењују казне, а мало мање показује „разумевање" за малолетне делинквенте,[28] и порука министра унутрашњих послова да затворске казне ипак делују (*prison works*), да оне штите друштво од убица и силоватеља и утичу да потенцијални учиниоци „два пута размисле" да ли ће учинити кривично дело, представљају артикулацију готово општег расположења да се у целини заоштри казнена политика.[29]

Criminal Justice and Public Order Act је снизио старосну границу са 14 на 10 година старости за примену казне затвора неодређеног трајања у случајевима извршења најтежих кривичних дела (не само за кривична дела убиства, већ и за силовање, деликте са елементима насиља и друго). За малолетнике узраста од 15 до 17 година, трајање санкција које се извршавају у заводима за малолетнике (*Young Offender Institutions*) повећано је са 12 на 24 месеца. Овим правним актом је уведена нова санкција лишења слободе за малолетнике – *secure training order,* која је релативно неодређеног трајања са максимумом од 24 месеца[30] и извршава се у *Secure Training Centres*.[31] Санкција је предвиђена за оне малолетне делинквенте који су три

[27] T. Newburn., 647.

[28] B. Goldson, 142.

[29] T. Newburn, 649.

[30] B. Goldson, 143.

[31] Они представљају институције затвореног типа у којима санкције лишења слободе издржавају малолетници узраста од 12 до 15 година и малолетнице узраста од 12 до 17 година. Посебно их карактерише околност да су под приватном управом, уз надзор и контролу надлежних државних органа.

пута извршили кривична дела за која је прописана казна затвора и који показују истрајност у криминалном понашању.

Наведене санкције су биле разлог за упозорење које је Енглеској и Велсу упућено од стране посебне комисије Комитета УН за права детета, у коме се детаљно наводи које препоруке међународних докумената се крше правним актом из 1994. године. У извештају је критикована ниска старосна граница за кривичну одговорност малолетника, могућност примене санкције *secure training order* у раном узрасту од 12 до 14 година и то на унапред неодређено време, као и да су режим и услови у институцијама у којима су смештени малолетни делинквенти готово идентичан затворском режиму.[32]

Заоштравање казнене политике према малолетницима, које се означава и термином *Populist Punitiveness* и *New Punitiveness*, уживало је подршку не само тада владајућих конзервативаца, него и опозиционих лабуриста.[33]

8. *Crime and Disorder Act* из 1998. године донет у време прве лабуристичке владе, извршио је значајне реформе у области санкција за малолетнике у правцу пооштравања казнене политике. За малолетнике узраста од 12–14 година укинута је санкција *secure training order* и замењена санкцијом *detention and training order*,[34] која се изриче за период од 4, 6, 8, 10, 12, 18 или 24 месеца. Половина ове санкције се извршава у казненој установи, а половина у оквиру институција локалне заједнице уз ригорозан надзор. Суд према потреби може да продужи период боравка малолетника у казненој установи и после половине издржане мере, ако процени да је то целисходно с обзиром на незадовољавајуће резултате постигнуте у прогресу малолетника.

Овим актом суд је добио право да изриче санкције којима се малолетник лишава слободе и учиниоцима узраста од 12 до 17 година и то за лакше деликте као што су: крађе по продавницама, џепарење, оштећење туђе имовине и сл., када су деликти извршени у поврату, по принципу *three strikes and you are out*. Оваква казнена

---

32 *Juvenile Justice „The Unwanted Child" of State Responsibilities, An analysis and commentary on issues of Juvenile Justice in the Concluding Observations of the UN Committee on the Rights of the Child 1993 2000*, 36 37.

33 Почетком 90 тих година Тони Блер је кроз слоган *Tough on Crime and Tough on the Causes of Crime* изразио основ стратегије лабуриста на плану сузбијања криминалитета. У литератури се наводи да је по повратку из САД, Блер пред крај владавине конзервативаца, угледајући се на Била Клинтона, у предизборну стратегију укључио и проблем сузбијања малолетничког криминалитета. Лабуристи су по доласку на власт стратегију на овоме плану изнели у документу под називом *No More Excuses: A New Approach to Tackling Youth Crime in England and Wales,* што се сматра паралелом са политиком *Zero Tolerance у САД.* Вид. B. Goldson, 140 143.

34 Ова санкција се примењује на малолетнике узраста од 12 до 18 година.

политика оцењује се од појединих аутора као „рецепт за неправду" и указује се на неколико њених основних негативних ефеката: малолетници од боравка у затворским и заводским институцијама трпе велику штету; сви показатељи указују на мале ефекте ових санкција на превентивном плану; експанзија заводских санкција представља огроман буџетски терет за државу, односно за пореске обвезнике.[35]

Када је реч о екстензивној примени заводских мера и стању у институцијама за малолетне делинквенте, забринутост нису изнели само чланови међународних комисија, већ се и на домаћем терену изражавало негодовање. Тако је шеф инспектората за затворске институције 1999. године стање у појединим малолетничким затворима и заводима описао као „непримерено за цивилизовану државу", а наводи се и критика коју је 2002. године изрекао *R. Morgan*, бивши директор *Jouth Justice Board*-а, да се у Енглеској и Велсу према малолетним делинквентима води политика „катапултирања" у заводске институције, које су постале толико пребукиране, да у њима нема услова ни шансе за истинску рехабилитацију малолетних делинквената, али су зато велике шансе за њихову још дубљу криминализацију.[36]

Овим актом су извршене и промене на плану санкција и мера предвиђених за случајеве извршења лакших кривичних дела од стране примарних малолетних учинилаца.

9. *Criminal Justice and Police Act* из 2001. године је делимично ублажио казнену политику тиме што је искључена примена казне лишења слободе у случајевима када малолетник у поврату изврши лакша кривичних дела као што су крађе у продавницама, ситне крађе, оштећење имовине, и др. Међутим, критика је управљена на одредбе

[35] Ревизорска комисија је у извештају за 2003 4 годину навела да боравак једног малолетника у институцијама кошта годишње 50.000 фунти; приватни затвори за малолетнике (*Secure Training Centres*) по једном осуђенику потроше невероватних 164.750 фунти. Према извештају председавајућег *Youth Justice Board* а за Енглеску и Велс, укупна сума која је потрошена на годишњем нивоу за малолетнике осуђене на затворске казне, у 2003 4 години, износила је 293,5 милиона фунти, вид. B. Goldson, 144 146. Када се овакве суме имају у виду, није без основа питање које су грађани сиромашног њујоршког кварта Бруклин у једном разговору поставили: да ли новац који се троши на социјалне службе, социјалну помоћ, на затворе који се пуне и становницима нашега кварта, можемо да добијемо и да грађани од тих средстава организују живот и добију посао, уместо што се баве криминалом и завршавају у за творима. Поједини квартови, чак и улице, „коштају" државу (због боравка у затвору грађана из тих средина), преко милион долара годишње. Постоји једноставна ис тина места где сиромашни људи живе, где се троше средства социјалних служби, уједно су и средине из којих се регрутује затвореничка полпулација, више V. Stern, „The Injustice of Simple Justice", *Simple Justice* (ed. D. Konway), London 2005, 83, нав. према B. Goldson, 151.

[36] M. Cavadino, J. Digam, *The Penal System:An Introduction,* Sage Publications, London 2007, 329.

овога акта које омогућавају дуже задржавање у притвору малолетника који чекају суђење и за лакша кривична дела.[37]

Од 2001. године. уведена је нова, по садржају сложена мера под називом *Intensive Supervision and Surveillance Programmes* (*ISSPs*). Примењује се на малолетнике који су у поврату, као и на категорије опаснијих делинквената. Мера обухвата примену интензивног пробацијског надзора, укључујући и електронски и телефонски мониторинг, рад у јавном интересу, затим похађање образовних програма и курсева за различите врсте обучавања, који могу да трају до пет сати у току дана.[38]

II

На основу актуелних одредби које се односе на поступак према малолетним учиниоцима кривичних дела, полиција и тужилаштво (*Crown Prosecution Service – CPS*), имају могућност да примене *мере диверзионог карактера* које спроводи полиција или да *CPS* покрене *процесуирање случаја пред судом*.

За лакша кривична дела, *полиција* има следећа овлашћења:

а) у случају извршења изузетно багателних деликата или недостатка релевантних доказа, *не мора предузети* никакве мере, што практично значи одустанак од даљег процесуирања случаја;

б) може изрећи *неформалну опомену* која се не региструје кроз формални записник и не узима се у обзир у случају да малолетник поново изврши кривично дело;

в) почев од 1998 године, Министарство унутрашњих послова је препоручило да се не изриче ова мера, већ *формално упозорење* (*reprimand*), што даје могућност за покретање поступка у случају поврата;

г) полиција је овлашћена и да изрекне меру *последње опомене* (*final warning*).

Наведене могућности представљају диверзионе мере чијом применом се случај окончава изван судске процедуре.

У случају да малолетник након примене ових мера настави да врши кривична дела, следи обавезно активирање принцип *three strikes and you are out,* што значи да ће тужилац и за лакши (трећи) деликт покренути поступак пред судом.[39]

37 B. Goldson, 144.

38 M. Cavadino, J. Dignan, 333.

39 *Ibid.,* 331.

Мере опомене и укора које изриче службеник полиције, најчешће прати и налагање извршавања одређених обавеза, односно оне могу бити комбиноване са условљавањем малолетника на одређено понашање (*conditional caution*). На овај начин се за лакше деликте пружа шанса малолетнику да без озбиљнијих последица превазиђе недопуштено понашање, да оно остане на нивоу епизоде и не прерасте у поврат. Ово је веома важно с обзиром на чињеницу да излагање малолетника судској процедури и изрицање санкција за лакше деликте може да буде „окидач" за наставак вршења деликата. Да би се то спречило, од значаја је могућност упућивања малолетника на сарадњу са посебним тимовима задуженим за малолетне делинквенте (*Youth Offending Team – YOT*), који налажу малолетнику да се (уз надзор) укључи у одређене програме помоћи и подршке чији је циљ да се спречи поврат код ових лица.[40] *YOT* су по свом саставу мултиагенцијског карактера и укључују представнике полиције, социјалних и пробацијских служби, локалних образовних и здравствених институција, и др.[41]

Када полиција проследи случај *тужиоцу*, постоје следеће могућности:

а) да се *обуставе* даље радње и случај оконча у тој фази, ако нема довољно чврстих доказа, или тужилац процени да је дело таквог карактера, да јавни интерес не захтева да се настави поступак (принцип опортунитета);

б) када тужилац процени да има услова за гоњење малолетника, поступак се по правилу води пред судом за малолетнике (*Youth Court*), који у случајевима да је малолетник признао кривицу и да је први пут оптужен, на основу закона из 2002. године има могућност да изрекне меру *referral order* и упути малолетника да се *укључи у специјалне програме* (*Youth Offender Panel – YOP*), у оквиру којих се малолетник обавезује да изврши репарацију или друго намирење жртве, да се укључи у програме рехабилитације, третмане за превазилажење проблема у понашању, и сл. Малолетник прихвата „уговор" на основу кога се обавезује да ће испуњавати налоге суда у току трајања мере. Извршење мере је под надзором *Youth Offending*

---

40 A. Ashworth, *Principles of Criminal Law,* Oxford University Press, Oxford 2006, 10.

41 Њима руководе менаџери који су најчешће представници социјалних служби. Примаран задатак је да пошто утврде најзначајније узроке делинквентног понашања малолетника, одреде програм који је најадекватнији за конкретан случај с аспекта постизања позитивних резултата рехабилитације малолетника. Програми, када је то оправдано, укључују и елементе ресторативног карактера који обухватају намирење, извињење, или друге целисходне облике задовољења интереса жртве, вид. M. Cavadino, J. Dignan, *The Penal System: An Introduction,* Sage Publications, London 2007, 321 322.

Team – YOT и може да траје од 3 до12 месеци. У случају да малолетник не поштује обавезе, излаже се могућности поновног извођења пред суд и изрицања строже санкције;

в) суд за малолетнике има могућност да изрекне *санкције заводског карактера* (*Detention and Training Order*)*, меру рада у јавном интересу, новчану казну и компензацију жртве* односно да примени *Intensive Supervision and Surveillance Programmes* (*ISSPs*);

г) *Crime and Disorder Act* из 1998. године установљава могућност изрицања одређених мера којима се *родитељима малолетника намећу одређене обавезе*. Тако, на пример, родитељи се обавезују да у периоду до три месеца посећују програме саветодавног карактера,[42] затим, може им се наложити да у периоду до 12 месеци врше појачан надзор над малолетником који обухвата контролу да ли малолтник похађа школу, у каквом се друштву креће, која места посећује, и сл. Све наведене мере могу бити изречене и од стране *Crown Court*-а.

У случају оптужбе за (нај)тежа кривична дела, поступак се води пред судом за пунолетна лица (*Crown Court*). Када је реч о малолетним учиниоцима кривичног дела убиства, њима се изричу дуготрајне казне затвора у неодређеном трајању. За друга тешка кривична дела, изречене казне затвора су одређеног трајања и максимум је једнак ономе који је прописан за пунолетне учиниоце.

Малолетници санкције лишења слободе издржавају у институцијама обухваћеним заједничким називом *Juvenile Secure Estate,* у које спадају *Young Offenders Institutions*, *Training Centres* и *Childrens Homes*.[43]

III

Малолетничко кривично право Енглеске и Велса (и генерално англосаксонски систем у овој области) првенствено посматрамо као значајан извор идеја које су инспирисале савремена законодав-

---

42 Родитељима чија деца су учинила кривично дело може бити издат налог (*Parenting order*)*,* којим се обавезују да одређено време у току недеље, посећују саветовалиштва како би превазишли проблеме који се негативно одражавају на њихову децу. Извештај о раду *YOT* тимова указује да у многим случајевима није примењиван овакав налог услед одсуства воље код родитеља да посећују савето валиштва. S. Field,"Practice Cultures and New Youth Justice in England and Wales", *British Journal of Criminology* 47/2007, 314.

43 Приказ сачињен на основу M. Cavadino, J. Dignan, 329 334. Ови аутори на воде да постоји идеја да се у сузбијању малолетничког криминалитета реафирмишу неки аспекти санкције која је по узору на САД примењивана одређено време и у Енглеској и Велсу *boot camps,* 334.

ства и укупну политику сузбијања малолетничког криминалитета у значајном броју модерних држава. То је концепт који је базично и примарно оријентисан ка прагматизму и социјалном утилитаризму. Генерално, то је флексибилан систем отворен за иновације, па је у том смислу умногоме био авангарда: када је реч о увођењу алтернативних санкција и мера које су данас прихваћене у свим модерним системима; у указивању на значај вођења политике друштвене инклузије малолетних делинквената као једино исправне стратегије која за малолетнике осуђене на институционалне санкције започиње још у току трајања мере, а наставља се кроз институционализоване и разноврсне облике постпеналне подршке; у укључивање у подршку малолетним делинквентима поред образовних и здравствених институција и институција цивилног друштва; у развоју пробацијских и социјалних служби и јачању њихове улоге у сузбијању малолетничке делинквенције; у ресторативним механизмима задовољења интереса жртве; у мултиагенцијском приступу какав постоји, на пример, код тимова за рад са малолетним делинквентима (*YOT*); у иновацијама на плану комбиновања више санкција и мера према индивидуалним потребама малолетника, и др.

Посебно значајним сматрамо праксу у Енглеској и Велсу да се о погрешним решењима, некритичком прихватању решења из других система (посебно из САД), некритичком посезању за репресивним методама говори отворено и аргументовано, као и да се критикује уплив политичких интереса и дневно-политичких калкулација у област сузбијања малолетничког криминалитета. То би могао бити добар пример и нашем законодавцу. Осцилирање клатна између *welfare* и *justice* модела третирања малолетника, као и разлози који су условљавали његово померање на једну или другу страну, могу бити од користи приликом будућих расправа о политици кажњавања малолетника које су неминовне.

Dr. Ljiljana Radulović

Associate Professor
University of Belgrade Faculty of Law

JUVENILE JUSTICE IN ENGLAND AND WALES BETWEEN THE „ETHOS OF CARE AND PROTECTION" AND THE „ETHOS OF RESPONSIBILITY AND PUNISHMENT"

Summary

This article evolves around the lines of the most important normative solutions and policy of preventing and combating juvenile delinquency in England and Wales.

The legal system of England and Wales has created some of the most important innovations in the treatment of juvenile delinquents, such as the establishment of the reforming and industrial schools, special courts for juveniles, probational and social services specialized for the work with the juvenile delinquents, alternative measures and sanctions, and a new concept of victim compensation, as well as the versatile teams oriented towards the work with juvenile delinquents.

Simultaneously, the same legal system shows signs of a constant repressive approach, particularly apparent in the field of application of institutional sanctions. This is why some academics hold that there is a striking affinity towards prison institutions in England and Wales, making it one of the most repressive systems of juvenile justice in Europe.

Key words: *Juvenile Criminal Law. – Welfare model. – Justice model. – Neocorrectionalism. – Institutional Sentencing Measures*.

УДК 342.2(497.6)

Др Миле Дмичић

ванредни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци

БОСНА И ХЕРЦЕГОВИНА КАО ДРЖАВНА ЗАЈЕДНИЦА *SUI GENERIS* ПРИВРЕМЕНО РЕШЕЊЕ ИЛИ МОДЕЛ ЗА БУДУЋНОСТ

Рад обухвата основне елементе уставноправног уређења Босне и Херцеговине (даље: БиХ), по много чему специфичне и сложене државне заједнице. Она се састоји од два ентитета: Републике Српске и Федерације БиХ, као и од Брчко Дистрикта, чији је статус карактеристичан (због чега се у научним и стручним расправама и анализама неретко истиче да је реч о трећем ентитету БиХ). Један од њених ентитета, Федерација БиХ, такође има сложен облик државног уређења односно састоји се од десет кантона. Оваква ситуација у целини, као и активна улога „међународне заједнице“ у БиХ, одражавају се, између осталог, и на уставни и правни поредак ове сложене државне заједнице.

Устав и државност БиХ нису утемељени државним правом, ни вољом народа и грађана, ни од стране легитимно изабраних институција, већ међународним правом и вољом међународне заједнице. Дакле, то је нови устав, устав транзиције и устав сачињен по мери и моделу новог светског поретка.

Анализа међународних и унутрашњих аката од уставноправног значаја, уз критичке коментаре и компаративне осврте, поред осталог, открива да уставни систем БиХ показује знатне разлике у односу на друге уставе у низу карактеристика у садржини, конструкцији и лексици, што отежава логичко сређивање и рационално овладавање веома сложеном грађом уставне стварности БиХ, дајући јој генерално обележје уставног система sui generis.

Кључне речи: *Кантони. Дистрикт. Уставне промене. Дејтонски споразум. Интеграциони процеси. Национални интерес.*

1. УВОД

Уставни поредак БиХ заснива се на принципу равноправности два ентитета и три конститутивна народа. У основи, супремацијом

Устава БиХ зајемчен је садашњи уставноправни систем земље.[1] Њиме је, поред осталог, утврђено да ће дотадашња Република БиХ добити ново име „БиХ“ и наставити своје правно постојање по међународном праву као држава, с унутрашњом структуром измењеном према овом споразуму и са својим дотадашњим међународно признатим границама, те да ће се састојати од два равноправна и јединствена ентитета, као конститутивних и државотворних јединица – Федерације БиХ и Републике Српске.[2]

Мултинационална и мултиконфесионална особеност и традиција БиХ, ентитетска заступљеност и гласање, институције и механизми заштите виталног националног интереса, дати су као темељна вредност, која је наведена и у преамбули и основним одредбама Устава БиХ. Ови принципи су уставноправно обавезујући, на којима се морају заснивати институционална организација и структура и функционисање укупног друштва и државе БиХ.

Уставна категорија „конститутивност Бошњака, Хрвата и Срба“, као један од темеља босанскохерцеговачког друштва и државе, увек се мора посматрати заједно с основним елементима цивилног друштва, пре свега с остваривањем индивидуалних и колективних људских права и слобода и функционисањем демократских институција. Ови уставни принципи и одредбе једнако се односе на целу територију БиХ и на све нивое власти у земљи, што је потврђено и одлукама Уставног суда БиХ у уставносудском спору о конститутивности народа и променама устава и закона ентитета.

У БиХ, због традиционалне измешаности нација,[3] религија и култура, одређивање носиоца суверене власти подразумева комбинацију грађанског и националног принципа, при чему је истакнута посебна улога три најбројнија, конститутивна народа. Према завршној одредби преамбуле Устава БиХ, која гласи: „Бошњаци, Хрвати и Срби, као конститутивни народи (заједно са осталим), и грађани БиХ овим утврђују Устав БиХ“, целокупна структура јавне власти изворно произилази из суверености грађана, конститутивности и равноправности Бошњака, Хрвата и Срба и положаја припадника осталих народа и грађана.[4]

---

[1] В. Лукић, В. Поповић: *Документи: Дејтон Париз*, Институт за међу народно право и међународну пословну сарадњу, Бања Лука 1996.

[2] Вид. К. Трнка *et al.*, *Коментар Устава Федерације БиХ и Републике Српске*, Центар за промоцију цивилног друштва, Сарајево 2004.

[3] Очигледно је да је улога федерализма као политичког и социјалног облика повећана због његове подобности да олакша решавање тзв. националног питања, тј. коегзистенције или удруживања више етничких група у истим политичким оквири ма.

[4] На ову сложеност указује и пресуда Европског суда за људска права од 22. децембра 2009. године у предмету Сејдић и Финци против БиХ у којој је утврђено

У БиХ као сложеној држави и државној заједници, тешко је и замислити стабилан развој демократских односа и институција без остваривања конститутивности сва три њена народа на целој територији,[5] што подразумева његово пуно утемељење у правном систему ентитета, као и у организацији и функционисању њихових институција, остваривање пуне националне равноправности и свих других слобода и права за све грађане БиХ без дискриминације, мајоризације и нетолеранције.[6] Исто тако, истиче се потреба да се остварују симетрична решења и уједначена пракса у оба ентитета када се одлучује о виталном националном интересу, путем установљених савета за заштиту виталних интереса, уставних судова ентитета, који имају исти број судија и истог су националног састава, као и успостављањем одговарајућег тела, Уставног суда БиХ. Циљ овог рада је да сагледа како неки аспекти постојећих уставних решења функционишу и који су најпожељнији путеви могућих уставних промена, а поготово како се оне преламају на питању односа између комунитарног и националног (унутрашњег) правног система

2. ОСНОВНА ОБЕЛЕЖЈА, СТРУКТУРА И ОДРЖИВОСТ УСТАВА БиХ

Устав БиХ је, и са формалног и са материјалног аспекта, специфичан и непознат у досадашњој теорији и пракси.[7] Специфичност

да тужена страна крши чл. 14 Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода у вези са чл. 3 Протокола бр. 1 који се односи на немогућност припадника националних мањина да се кандидују на изборима за Дом народа БиХ и чл.1. Протокола број 12, због немогућности припадника националних мањина да се кандидују на изборима за Председништво БиХ.

[5] Један од најважнијих услова за одржавање и функционисање сложених вишенационалних заједница или удружених заједница који истиче *Lijphart* тиче се сарадње елита које воде те заједнице. Демократија у таквим заједницама претпоставља сарадњу елита и подршку неелита. Ова сарадња је у знатној мери условљена и карак тером преовлађујуће културе, правног система и степеном остварености владавине права уместо владавине личности или вођа или елита, односно владавине политич ких воља. Уставно решење партиципације представника све три нације у извршној власти ентитета најбоље показује проблеме вишенационалних заједница. Тако су, на пример, хрватски представници остали у неравноправном положају. То се види и у Федерацији БиХ и у Републици Српској. У Републици Српској хрватски представ ници заузимају трећу позицију (у Влади је осам Срба, пет Бошњака и три Хрвата), а у Федерацији БиХ заузимају другу позицију (у Влади је осам Бошњака, пет Хрвата и три Србина).

[6] Р. Кузмановић, *Есеји о уставности и законитости*, Бања Лука 2004, 378 379.

[7] *Устав БиХ*, Анекс 4 Општег оквирног споразума за мир у БиХ, вид. *До кументи Дејтон Париз*, Бања Лука 1996. Поједини аутори сматрају да Устав БиХ, због начина доношења и материје коју уређује, није устав у правном смислу (З.

у формалном смислу се огледа у начину његовог настанка. Он није израстао као резултат одређене политичке воље и учешћа грађана БиХ и уз примену процедура које би му дале демократски легитимитет. Устав је производ воље међународне заједнице и резултат компромиса представника сва три народа.[8] Према неким мишљењима, Устав БиХ је „у ствари мултилатерални међународни уговор“.[9]

У материјалном смислу, између осталог, специфичност се огледа у томе што је Уставом одређено да се држава састоји од два ентитета, Републике Српске и Федерације БиХ, с разграниченим надлежностима између ентитета и институција БиХ.

Саставом и обликом државног организовања јасно је утврђено да је БиХ сложена држава и да су ентитети државотворне јединице без којих БиХ не би могла функционисати као држава. Устав није утврдио који облик државног уређења, владавине и политичког система има БиХ. Он садржи и нека друга специфична решења која се не могу наћи у компаративном уставном праву нити су компатибилна с међународним демократским стандардима. То је, углавном, резултат компромиса постигнутог преговорима о закључивању Општег оквирног споразума за мир у БиХ. „Али, с обзиром на њен састав од два ентитета, БиХ може бити федерација, конфедерација, конфедерално-федерални савез, асиметрична федерација – конферeдација или унија. Све зависи од расподјеле надлежности БиХ и оба ентитета“.[10]

Устав је првенствено „акт са статусом врховног закона“ (*lex superior*), који својом суштином значи врховно одређење целине правног и државног уређења, онога што је одлучујуће за биће друштва које је тим уређењем конституисано. Стога би и устав БиХ, у сваком случају,

---

Миљко, *Уставно уређење БиХ*, Загреб 2006, 51; С. Савић, *Конститутивност на рода у БиХ*, Бања Лука 2000, 19; Р. Кузмановић, *Уставно право,* Бања Лука 2002, 305; М. Дмичић, *Уставноправни статус Републике Српске у оквиру БиХ норма тивно и стварно,* АНУРС, Бања Лука 2005, 157 159). Дакле, Устав није донесен од стране домаћих политичких субјеката и не уређује уставну материју у целини, у смислу да Устав не регулише сву неопходну материју која чини државе, те би било примереније било да има назив *Елементи за устав БиХ*, на основу којих бе се из радио устав. Вид. и М. Екмечић, *Почетак рата у БиХ, спољни узроци грађанског рата у БиХ*, Београд 2001, 18.

[8] С. Савић, *Конститутивност народа у БиХ*, *Правна природа преамбуле*, Бања Лука 2000, 55; Р. Кузмановић, *Уставно право*, Правни факултет, Бања Лука 2002, 305 306.

[9] М. Поповић, „Правна природа Републике Српске“, *Изградња и функцио нисање правног система Републике Српске*, Бања Лука 1997, 54.

[10] Р. Кузмановић, *Есеји о уставности и законитости*, Бања Лука 2004, 397 398. Код више аутора влада мишљење да је правну природу државног уређења БиХ готово немогуће одредити применом „критеријума разликовања федерације и конфедерације, али и упоредити с којим описаним другим обликом удруживања држава“ (S. Sokol, B. Smerdl, *Ustavno pravo*, Informator, Zagreb 1988, 299).

требало да представља саставни и у правном смислу најелитнији део политичке и правне стварности земље.[11] Истовремено, с теоријског и емпиријског гледишта, поштовати устав значи донети га по свему ваљано, и „стражарити“ (*H. Kelsen*) „над његовом применом и његовом судбином и трудити се да устав траје достојно своме значају“.[12]

Иако устави настају на различите начине, најбољи су они који су засновани на властитим искуствима, који утврђују организацију власти и целокупан живот државе и друштвене заједнице на основу оригиналних, властитих решења и фактора – традиције, културе, економских, политичких и других специфичности. „Устав је правни акт највеће правне снаге који првенствено регулише основе, али не све основе и не само основе, државног и друштвеног уређења дате земље. Зато, веома критички треба прилазити рецепцији туђих уставних решења“.[13] Добри устави су они чије су норме у сагласности са стварним друштвеним односима и процесима. „Реалан и добар устав је када он одговара стварном стању, реалним односима сила које у земљи постоје. Ови устави су стварни, истински, оствариви – они живе у пракси“.[14] Такав би требало да буде и Устав БиХ, без обзира на све њене специфичности.

3. БиХ ИЗМЕЂУ КОНФЕДЕРАЦИЈЕ И ФЕДЕРАЦИЈЕ И ЗАХТЕВИ ЗА ПРОМЕНУ УСТАВА

Модерна теорија федерализма је довољно флексибилна да може обухватити различите, често атипичне федерације, попут Индије, Канаде, Белгије, Етиопије.[15] Она, међутим, још увек остаје без одговора кад је реч о државном уређењу БиХ. Није довољно рећи да је БиХ атипична федерација. С друге стране, тврдња да је то државна творевина *sui generis* захтева ваљано правно образложење. Њега, међутим, није лако изнаћи на трусном тлу БиХ. Без сумње, пред уставноправном науком је сложен задатак да одреди у будућности правну дефиницију државног уређења БиХ. На тај начин, једним делом, биће дати одговори и на питања како реформисати уставно уређење БиХ с циљем успостављања функционалније политичке демократије, а да се тиме не повреди суштина Устава.

---

[11] *Ibid.*, 223.

[12] О. Вучић, *Промене и трајање устава*, Досије, Београд 2005, 13.

[13] Вид. *Република Српска десет година Дејтонског мировног споразума*, Академија наука и умјетности Републике Српске, Бања Лука 2005.

[14] Р. Кузмановић, *Уставно право*, Бања Лука 2002, 65.

[15] М. Станковић, „Федерализам у Африци: случај Етиопије“, *Анали Правног факултета у Београду,* 2/2008, 242 261.

Државно уређење БиХ садржи низ федерално-конфедералних елемената, у првом реду, две територијалне и политички организоване јединице и десет територијално, правно, политички и културно самосталних кантона, са дистриктом Брчко који *de iure* не представља трећи ентитет, али је *de facto* организован као нови ентитет. Сви државотворни, конститутивни делови сложене заједнице имају линије територијалног разграничења.

У Уставу БиХ јасно се уочавају неки битни принципи на којима се заснива целокупно државно и друштвено уређење БиХ. Међутим, ти принципи нису таксативно уређени у било којем поглављу односно члану Устава, већ су систематски, експлицитно или имплицитно, уграђени у Устав. У суштини, БиХ карактерише тријада: прво, у државноправном смислу она је савезна држава; друго, сви елементи уставности говоре у прилог конфедералног односа савеза држава; и треће, она функционише као специфичан војни, цивилни и политички међународни протекторат, под заштитом и врховним надзором међународне заједнице, „који још увијек траје и битно утиче на конституисање и остваривање политичке власти у свакој од ових државноправних јединица“.[16] БиХ је сложена држава, односно државна заједница *sui generis*, с обзиром на то да не испуњава ни све федералне ни конфедералне елементе, као ни елементе уније. Њено такво означавање, према мишљењу угледних аутора, мора се посматрати у условима постојања различитих облика државног уређења у којима „садашње трансдржавне и транснационалне интеграције имају сасвим други карактер и међусобно се знатно разликују“.[17] Зато основне уставноправне карактеристике важећих решења, углавном, полазе од следећих елемената: нема назначења облика државног уређења, облика владавине, политичког система, ентитети имају више самосталности него што имају чланице у познатим сложеним државама, постоје три одвојена мало повезана друштва, државни органи су засновани на уређењу и функцији ентитета, представника конститутивних народа. Неки аутори томе додају постојање етничког детерминизма, губитак државног суверенитета, наглашену претпоставку надлежности ентитета и умањен обим надлежности државе, с наглашеном улогом политичких снага у креирању уставног уређења и евентуалних уставних промена.

Постоје, надаље, и мишљења о томе да ограничене одговорности које је држави дао Устав БиХ нису биле довољне да се осигура функционисање модерне државе. Коришћење неких општих одредби у Уставу БиХ и њихово широко тумачење допринело је да се знатно прошире овлашћења на државном нивоу. Томе су допринела и

[16] А. Фира, *Уставно право БиХ*, Нови Сад 2002. 59.

[17] *Ibid.*, 76 77.

мишљења Венецијанске комисије, као и водећа улога високог представника.[18] Европска комисија за демократију кроз право (позната као Венецијанска комисија) у својим мишљењима, а нарочито у Мишљењу о уставној ситуацији у БиХ и овлашћењима високог представника од 11. марта 2005. године, сугерисала је одређене правце евентуалних уставних промена ради постизања функционалности институција и потпуне усклађености Устава БиХ с Европском конвенцијом о заштити људских права и основних слобода.[19]

У погледу потребе промене Устава, актуелна су мишљења да преговори с Европском унијом траже институције на државном нивоу с неопходним способностима и стручношћу да решавају широк спектар питања. Данашњи Устав БиХ, и поред бројних недостатака, у том смислу је солидан правни оквир према коме могу успешно функционисати све битне полуге државне власти. Устав обезбеђује суверенитет и интегритет БиХ. Дакле, Устав БиХ омогућује пун капацитет деловања државних институција и функција БиХ. Због тога се он може мењати само у оквиру реалних захтева за његово дограђивање и усавршавање с циљем боље и ефикасније примене, изградње и функционисања уставноправног система. При том се мора имати у виду да се уставним променама врши и успоставља „нова и актуелна кодификација и конституционализација власти и друштва". Држава и друштво се не граде честим мењањем устава, већ његовом применом и активним радом институција.[20] Разумљиво је да у постконфликтној ситуацији није постојало, и још не постоји, довољно поверења, искрености и спремности на културни дијалог, толеранцију и помирење између етничких група и њихових вођа. Међутим, присутни су и захтеви да се омогући деловање власти само по принципу већине, занемарујући стварну опасност од дискриминације, нетолеранције и мајоризације већине над мањином.[21] Стога се убудуће мора успоставити равнотежа између грађанског и националног, односно потребе да се заштите интереси двају ентитета и свих конститутивних народа, с једне стране, и потребе за одговорном, делотворном и ефикасном влашћу на свим нивоима, с друге стране.[22] При том не би требало занемаривати ни то да одрживост, функционалност и делотворност сложене организације државе и друштва, у првом реду, захтевају да

[18] Мишљење о уставној ситуацији у БиХ и овлашћењима високог представ ника, Венецијанска комисија, 11. март 2005.

[19] CDL AD (2005) 004

[20] Р. Кузмановић, *Есеји о уставности и државности*, Бања Лука 2004, 381.

[21] Политички односи и системи вишенационалних, односно вишеетничких држава, а исто тако и начела и установе федерализма тамо где је он у оваквим држа вама уведен, једна су од најсложенијих тема у савременој политичкој науци.

[22] Р. Кузмановић, „Савремене уставне промјене као начин кодификације и конституционализације власти и друштва", *Устав lex superior*, Београд 2004, 270.

се обезбеде два услова: 1) усаглашена политика на свим нивоима и у свим областима и искрена и пуна политичка воља да се то проводи, и 2) преузимање одговорности домаћих органа за судбину и развој БиХ од високог представника, или његову убрзану трансформацију, односно замену представником – партнером за помоћ Европске уније.[23]

Устав БиХ се може мењати искључиво у Парламентарној скупштини БиХ и мора проћи демократску проверу, јер је одавно речено да „нема устава ако га не прихвати народ". Зато би јавна расправа о његовим одредбама, кроз невладин сектор, удружење послодаваца, синдикате, медије, била добродошла и могла би послужити уклањању слабости у Уставу које је пракса показала, а Устав би добио на легитимитету.[24]

4. УСТАВНА РЕШЕЊА О ПОДЕЛИ НАДЛЕЖНОСТИ ИЗМЕЂУ ИНСТИТУЦИЈА БиХ И ЕНТИТЕТА

У уставноправној науци и пракси постоји потпуна сагласност о томе да систем поделе надлежности између државних субјеката у сложеним државним заједницама представља кључно, најсложеније и најделикатније питање организације и функционисања тих заједница.[25] Уз то, у вишенационалним заједницама тај систем може поспешити, али и компликовати, међунационалне односе и решавање националног питања, чиме проблем добија значајну политичку димензију.[26]

Устав БиХ уређује основну организацију власти само на нивоу БиХ као целине (чл. IV–VII). Дакле, организација власти у ентитетима у целини, како на нивоу ентитета тако и у локалним јединицама, није обухваћена Уставом БиХ. То се битно разликује од односа у већини савремених сложених држава.

Уместо опредељивања за један од познатих облика државног уређења, Устав (чл. I) утврђује да се БиХ састоји из два конститутив-

[23] Вид. Р. Д. Вукадиновић, *Право Европске уније*, Бања Лука Крагујевац 2006.

[24] М. Јовичић, „Референдум у свету и код нас", *Страни правни живот* 39/1963, 5.

[25] З. Ђукић Вељовић, „Уставноправни проблеми расподеле функција из међу федерације и федералних јединица", *Анали Правног факултета у Београду* 1 2/1974, 135 146. Та питања нису јасно била разграничена ни у Уставу СРЈ (вид. В. Кутлешић, „Федерација или конфедерација по Уставу СРЈ", *Анали Правног факул тета у Београду* 3 4/1994, 417 421), а оно је било предмет расправа и у СФРЈ, вид. Р. Марковић, „Специфичности уставноправног положаја СР Србије као федералне јединице", *Анали Правног факултета у Београду* 4/1988, 461 466.

[26] Вид. М. Јовичић, *Велики уставни системи*, Београд 1984.

на, уставотворна ентитета: Федерације БиХ и Републике Српске, који имају самосталност и све државне функције и надлежности, осим оних које су Уставом БиХ изричито пренесене на њене институције, као што се то чини у сложеним државама (чл. III тачка 3а). У расподели надлежности заступљен је модел који више значи компромис између тежње за очување целовитости БиХ и потпуне самосталности ентитета, по чему је БиХ сложена држава *sui generis* која се налази и под специфичним међународним протекторатом.[27]

Појам „подела" или „расподела" надлежности редовно се користи када је реч о односима у сложеним државама, којима су својственији и адекватнији појмови „поверавање", односно „делегирање" надлежности. Иако је БиХ по садашњем уставном уређењу једна врста (реалне) уније с врло израженим конфедеративним елементима, употребљен је термин „подела надлежности" ради поједностављења терминологије, а и чињенице да у том уставном уређењу, поред преовлађујућих конфедеративних елемената, постоје и одређени елементи федерализма. Надаље, то указује на специфичност надлежности институција БиХ, а не уставом утврђене функције (права и дужности) БиХ.[28]

У свим сложеним државним заједницама ради се о подели надлежности између субјеката државног карактера, од којих једни представљају целину, а други конститутивне делове заједнице, али и једни и други имају одређен степен државности и самосталности. У уставној теорији нема спора да подела надлежности мора бити извршена непосредно уставом, као што мора бити одређена и ауторитативна институција за објективно и мериторно решавање евентуалних спорова о надлежности. Најзад, због динамичног друштвеног развоја, подела се никад не може решити једном за свагда и зато проблем, по правилу, остаје стално актуелан.

Неприхватљиво је да се промене већ постојеће поделе надлежности врше преносом или преузимањем. То је могуће вршити искључиво уставом. Остали начини промене надлежности – законом, праксом или судским тумачењем, поготово у БиХ, рађају реалну опасност нарушавања успостављене равнотеже, односно од поремећаја већ избалансираних међусобних односа заједничких органа и ентитета – субјеката сложене друштвене заједнице (погранична служба, обавештајне службе, правосуђе, индиректно опорезивање, одбрана, полиција). Но, такво је преношење надлежности ентитета постало честа појава, коју углавном подржава и често спроводи међународна

[27] Види шире *Приједлог Амандмана на Устав БиХ*, Сарајево, 25. март 2006. године, Независне новине, Бања Лука, 7. април 2006.

[28] Г. Мијановић, *Подјела надлежности између институција БиХ и ентите та*, АНУРС, Бања Лука Српско Сарајево 2000, 11 27.

заједница (наметањем уставних промена, закона, одлука). Дакле, такозване „тихе и нерегуларне промене су биле константне и оне су више промијениле уставни модел државног и друштвеног уређења БиХ него редовне и легалне уставне промјене“.[29]

Кључно решење Устава о подели надлежности је у одредби којом је надлежност утврђена системом позитивне енумерације и принципу генералне клаузуле – претпоставке надлежности у корист ентитета (чл. VII), тако да све државне функције и овлашћења која Уставом нису изричито дата институцијама БиХ припадају ентитетима (чл. III/3 а). Одмах затим је изражен и став о хијерархији Устава БиХ одредбом да су ентитети и све ниже јединице дужни поштовати Устав који укида, односно замењује њему супротне одредбе закона БиХ и устава и закона ентитета, те да општи принципи међународног права чине саставни део права БиХ и ентитета (чл. III/3 б).

Постојећи Устав пружа довољно могућности да БиХ буде функционална, демократска и модерна држава и да као таква може да уђе у евроатлантске интеграције. При том, потребно је нагласити да „Република Српска није *corpus separatum* у БиХ већ политичка јединица, односно федерална јединица у оквиру БиХ“.[30]

Устав предвиђа могућност успостављања додатних надлежности под одређеним условима и околностима. Примена тих одредби Устава је у извесној мери и довела до тога да су надлежности институција БиХ и ентитета знатно промењене у односу на почетну расподелу надлежности предвиђену у члану III 1. и 2. Додатне надлежности се сматрају проблематичним и осетљивим питањем; у пракси су камен спотицања, јер мењање усвојене поделе надлежности може озбиљно пореметити Уставом утврђену равнотежу између државних субјеката – ентитета у БиХ и посебно стимулисати тенденције централизације и унитаризације. По том основу може доћи до доношења низа нових закона и других одлука, као и успостављања нових, додатних институција (министарстава, завода, агенција) на нивоу БиХ, па и њихових подручних органа у ентитетима. Мењање уставних норми одлукама парламената ентитета, високог представника или уставних судова штетно је не само за уставни статус и овлашћења ентитета, него и за целину већ успостављених односа у БиХ. Стога би договорно требало укинути институт „додатне надлежности“ и преношење надлежности одлукама парламената ентитета. Креативном, научно фундираном и стручно квалификованом

[29] Р. Кузмановић, „Уставне промјене између стварног и нормативног“, *Есеји о уставности и законитости*, Бања Лука 2004, 376.

[30] П. Кунић, „Деформација Дејтонског споразума ка унитарној Босни и Хере говини“, *Република Српска десет година Дејтонског мировног споразума*, АНУРС, Бања Лука 2005, 153.

интерпретацијом и томе одговарајућом праксом требало би аргументовано успоставити и заштитити Уставом утврђене институционалне односе, уставни статус и БиХ и ентитета, степен њихове самосталности, државности и суверенитета.[31]

5. ЕВРОПСКЕ ИНТЕГРАЦИЈЕ, РЕФОРМСКИ ПРОЦЕСИ И УСТАВНЕ ПРОМЕНЕ У БиХ

Већина изведених реформи су у функцији интеграције БиХ у евроатлантске институције.[32] Промене Устава БиХ се, углавном, траже за улазак БиХ у Европску унију. У основи, ради се о истицању потребе институционалне доградње државне структуре којом се Парламентарној скупштини, колективном шефу државе и Савету министара даје капацитет да ефикасно доносе законе и проводе реформе које су услов за европске интеграције.

Међутим, у БиХ у постдејтонском развоју, ни петнаест година након трагичних ратних сукоба, нема консензуса владајућих политичких странака око промене Устава. Да би се реформа Устава одвијала успешно, нужно је постићи сагласност владајућих странака. Моћ над тим процесима покушава да искаже међународна заједница на основу овлашћења за провођење и тумачење Дејтонског мировног споразума али је све израженије мишљење да међународна заједница, у ствари, губи време и енергију у покушају изградње таквог консензуса.

Идентификовање обима, садржаја и циљева уставних промена у контексту европских интеграција подразумева да Европска унија поставља највећи број реформских приоритета које БиХ мора

[31] Вид. *Приједлог Амандаман на Устав БиХ*, Сарајево, 25. март 2005. године (*Независне новине*, 7. април 2005).

[32] Прва врло важна реформа припада изградњи институционалних капацитета БиХ. Ради се о промени структуре, организације и надлежности Савета министара, као извршне власти. Друга реформа се односи на промене у организацији оружаних снага. Две компоненте послератних оружаних снага: Војска Републике Српске и Војска Федерације БиХ интегрисане су у јединствену босанскохерцеговачку институцију: Оружане снаге. Промене у домену консолидације парламентарне демократије имају само делимичне резултате. Од 2002. године БиХ самостално спроводи парламентарне изборе путем Централне изборне комисије. Досадашње изборе осим 2000. године, добијале су етничке странке. Грађанске странке у БиХ, у послератном периоду, осим у периоду 2000 2002. године, су у опозицији и без битног утицаја. Етничке странке имају главну моћ, али и различит концептуални однос према државности и уставноправном моделу БиХ. Зато непостојање консензуса надомешта високи представник међународне заједнице, који је донео више стотина одлука и на основу њих прогласио најважније реформске законе. Вид. Изборни закон БиХ, *Службени гласник БиХ* бр. 23/01, 07/02, 09/02, 20/02, 25/02, 04/04, 20/04, 25/05, 52/05, 65/05, 77/05, 11/06, 24/06, 32/07, 33/08 и 37/08.

да испуни.[33] Поред тога, годишњи извештаји Европске комисије представљају оцену оствареног напретка и указују на смернице будућих активности.[34] Савет Европске уније, као највише тело ове организације, у свом Закључку о БиХ позива на гашење Канцеларије високог представника међународне заједнице након што буду испуњени постављени услови и циљеви. Такође, у закључак Савета *implicite* се указује и на уставне промене. Закључци Савета детаљније су разрађени у тзв. „стратегији у шест тачака" која је дата у форми Заједничког извјештаја високог представника Европске уније за спољну и безбедносну политику и комесара за проширење од 10. новембра 2008. године.[35] Овај заједнички извештај посебно истиче потребу да се у БиХ покаже више политичке одговорности и већа посвећеност реформским процесима. Овај документ посебно наглашава да уставне промене треба да се обављају постепено, а не наглим и радикалним мењањем Устава.

Према томе, интерпретације да се мора успоставити централизован институционални систем и унитарно државно уређење у БиХ нису засноване на чврстим аргументима, нити је, пак, тачно да се тзв. европским пословима, односно административним активностима везаним за процес европских интеграција, могу искључиво бавити заједничке институције БиХ. Напротив, ови послови треба да буду распоређени и на ниже нивое власти, примарно на ентитетски ниво, сходно надлежностима одређеног нивоа власти и питањем евроинтеграционог карактера, које се по својој природи третира на том нивоу власти.

Европска унија и њене институције нису обавезале БиХ да проведе уставне промене као услов напретка у процесу европских интеграција. Јасно је истакнуто да су господари овог процеса домаћи политички фактори и институције БиХ и да се од страних чинилаца може очекивати једино стручна помоћ и материјална подршка.

---

[33] *Council Decision* 2006/55/EC of 30 January 2006 *on the principles, priorities and conditions contained in the European Partnership with Bosnia and Herzegovina and repealing Decision* 2004/515/EC садржи последње европско партнерство за БиХ. Иначе, европско партнерство је инструмент уведен Уредбом Савета ЕУ бр. 533/2004 о успостављању европског партнерства у процесу стабилизације и придруживања, с циљем да се обезбеди оквир који обухвата приоритете засноване на одговарајућем напретку оствареном у земљи у вези с процесом европских интеграција. Савет Европске уније квалификованом већином, а на основу предлога Европске комисије, доноси у форми одлуке Европско партнерство и поставља конкретне мере које БиХ мора да предузме. Те мере су се углавном огледале у обавези доношења прописа и успостављања институција.

[34] *Progress Report on Bosnia and Herzegovina,* (COM(2007)663), 6 November 2006, Brussels.

[35] *Summary note on the joint report by Javier Solana, EU High Representative for the CFSP, and Olli Rehn, EU Commissioner for Enlargement, on „EU's policy in Bosnia and Herzegovina: the way ahead",* S367/08, Brussels 10 November 2008.

Када се о амандманима отворила расправа у Парламентарној скупштини БиХ, током априла 2006. године, дошло је до конфронтације унутар владајућих странака о предложеним променама Устава, тзв. „априлском пакету амандмана на Устав БиХ". Исход расправе и гласања је био такав да предложени амандмани нису добили двотрећинску већину.[36] Политичке странке које су одбиле да гласају за „априлски пакет" браниле су своје становиште ставом да промене Устава БиХ не укидају ентитетско гласање, које се, по њиховом мишљењу, у процесу одлучивања најчешће употребљава за блокаду у одлучивању приликом доношења најважнијих закона у Парламентарној скупштини БиХ.[37]

Потом су се, неколико година касније, током „бутмирских разговора" о промени Устава БиХ, од октобра до децембра 2009. године, до краја испољиле политичке позиције владајућих странака, као и разлике међу њима. У основи, ради се о хетерогености становишта о уставним променама у смислу:

– непостојања одговорности и интереса за усаглашен модел јачања капацитета заједничких институција БиХ;
– истицање захтева за више федералних јединица у уређењу државе БиХ на националној основи с циљем успостављања равноправности три конститутивна народа;
– истицања идеје по којој је решење у доношењу новог устава с европским стандардима, за шта нема консензуса унутар владајућих странака;
– заговарања еволутивне доградње Устава БиХ, уз подржавање постепености извођења уставне реформе у више фаза.

Политичке странке с парламентарном већином у основи имају два приступа уставним променама. Један приступ заговара постепене промене, у више фаза. Према њему, у првој фази требало би усвојити

[36] Против амандмана гласала је Странка за БиХ и део посланика из Хрватске демократске заједнице БиХ, који су били у процесу преласка у нову странку ХДЗ 1990. Напомињемо да чл. X Устава БиХ детаљније утврђује поступак његове промене. У тач. 1 је предвиђено да „овај устав може бити мијењан и допуњаван одлуком Парламентарне скупштине, која укључује двотрећинску већину присутних и који су гласали у Представничком дому". Овакво нормативно уређење промене Устава је изазвало различита тумачења и бројна питања: да ли у поступку промене учествује само Представнички дом или Дом народа; ако у поступку учествује и Дом народа, како одлучује о амандманима; да ли је могућа потпуна промена Устава; ко може покренути поступак промене и како се он одвија?

[37] У међувремену је било иницијатива за договор о уставним променама. Најзначајнији је споразум трију водећих странака из реда три конститутивна народа у Пруду код Шамца (новембар 2009), по којем би предмет уставних промена био: усклађивање Устава с Европском конвенцијом за заштиту људских права и слобода; надлежност државе, средњих и локалних нивоа власти; функционисање институција БиХ; територијална организација БиХ и средњих нивоа власти.

амандмане на основу којих би биле проширене функције и оснажена ефикасност и рационалност институција, дакле, повећан њихов капацитет у одлучивању о реформама од којих зависи интеграција БиХ у Европску унију. Други приступ заговара доношење новог устава БиХ, који би имао решења према европским стандардима. Тражи се успостављање нових решења у погледу унутрашњег територијално-политичког уређења државе БиХ. Ниједан од ових приступа промени Устава БиХ није обезбедио консензус странака парламентарне већине.[38]

За тако темељни подухват неопходно је да се најпре претходно јасно утврде циљеви, садржај и обим евентуалних промена дејтонских решења, а потом обезбеди пуна сагласност два њена ентитета и три равноправна конститутивна народа, уз уважавање уставом утврђеног поступка евентуалних уставних промена. То подразумева задржавање и очување уставоправног статуса, територијалног интигритета и равноправности оба ентитета, те сагласност и пуно поверење равноправних, и конститутувних народа и осталих, као и успостављање искреног дијалога, јединственог тумачења свега што је претходило дејтонским решењима у БиХ.

Процес приближавања БиХ евроатлантским интеграцијама отворио је питање улоге високог представника и наметнуо потребу дефинисања излазне стратегије укупног ангажмана међународне заједнице.

Када се буде указала потреба да БиХ изврши прилагођавање свог Устава ради стварања правног основа за приступање Европској унији, биће потребно да се Уставом уреди однос између ентитетског нивоа власти и заједничких институција БиХ у обављању европских послова, а да се при том испоштује начело супсидијарности и омогући ентитетима да заштите своје интересе. И сам Уговор о оснивању Европске заједнице, дефинишући састав Савета Европске уније, предвиђа да државе чланице које су сложене структуре може представљати ресорни министар из неке од федералних јединица који за то буде овлашћен.[39] Зато је вредно решење које је успостављено у неким од чланица Европске уније, као што су Немачка и Аустрија. Тако чл. 23, ст. 4 и 6 Основног закона Савезне Републике Немачке предвиђа да у случају да комунитарна легислатива задире у материју која је у искључивој надлежности *Länder*-а, чланице федерације имају последњу реч. Такође, чл. 16. Савезног устава Аустрије утврђује да су покрајине, чланице федерације, оба-

[38] Вид. Амандман на Устав БиХ, *Службени гласник БиХ*, бр. 25/09.

[39] Чл. 203. Уговора о оснивању Европске заједнице утврђује: „Савет је са стављен од представника сваке државе чланице на министарском нивоу, који је овлашћен да обавеже владу те државе чланице.“

везне на предузимање мера ради имплементације међународних уговора, укључујући и оне које се односе на Европску унију, ако је реч о питањима из њихове надлежности. Поред ових примера држава које су по свом уређењу федерације, у земљама које су формално унитарне државе регионалног типа, као што су Италија и Шпанија, води се рачуна о очувању надлежности које су уставом предвиђене за ниже политичко-територијалне целине – покрајине и регије.[40]

Имајући у виду изнесено, може се закључити да би уставне промене које једна држава спроводи да би припремила свој правни систем за ступање у чланство у Европској унији, тј. примену *Europe clause*, према компаративном искуству, требало да *de lege ferenda* обухвате следећа питања:

а) мора се увести одредба којом се обезбеђује уставноправни основ за чланство у Европској унији, као и питање преноса одређеног дела државног суверенитета на институције Европске уније;

б) потребно је уредити однос између комунитарног и националног права, тј. правни статус извора примарног и секундарног права Европске уније у унутрашњем правном поретку.

Поред ова два основна елемента, који морају да буду обухваћени уставним променама, поједини аутори указују да би оне требало да уреде и функционисање институција државе чланице у односу на европски институционални оквир и прецизирање уставносудског делокруга у условима чланства.[41] Ове уставне промене не утичу на облик владавине и државно уређење земље, њима се од једне земље не захтева унитаризација, нити централизација. Напротив, пожељно је да се држава придржава принципа децентрализације. С обзиром на ограничен обим ових уставних промена, оне треба да се обављају амандманском техником.

Једном речју, не постоји јединствена формула за то како је потребно уредити питања стварања правног (уставног) основа за чланство у Европској унији односно како да се у устав угради тзв. *Europe clause*.

6. ЗАКЉУЧНО РАЗМАТРАЊЕ

1. О различитим тумачењима правне природе БиХ, облика државног уређења и облика државне владавине неопходно је пости-

[40] Вид. М. Благојевић, „Европске интеграције и Република Српска“, Значења 62/2008, 53 55.

[41] S. Rodin, „Pridruživanje Hrvatske Europskoj uniji: preobrazba pravnog sustava“, 229, *http://www.pravnadatoteka.hr/pdf/aktualno/hrv/20030528/rodin cro.pdf*.

ћи сагласност у смислу утврђивања коначног пожељног модела државе БиХ. Излаз је, уз пуни унутрашњи консензус и поштовање континентално-европске правне традиције, могућ у њеном одређењу и успостављању као сложене државе – конфедерације или федерације *sui generis*, уз примену основних начела међународног и домаћег права настанка држава.

При томе, евентуалне уставне промене могуће су и у делу – кроз поделе надлежности између државе и ентитета и организације и функционисања институција БиХ, као и примене Европске конвенције о људским правима и слободама, посебно у погледу начина избора Већа народа Парламентарне скупштине и Председништва БиХ.

2. БиХ, као држава која се налази у позицији потенцијалног кандидата, још је далеко од оног момента када ће морати да спроведе уставне промене с циљем увођења уставног основа за приступање Европској унији, јер је за њу сам чин приступања, а посебно време када би се то могло догодити, неодређен и неизвестан.

3. Уставне промене ни у ком случају не утичу на облик владавине и државно уређење земље. Њима се ни од једне земље не захтева унитаризација, нити централизација. Оквирно посматрајући, могу се уочити две врсте приступа уставним променама. Први приступ се заснива на делегацији ограниченог дела државног суверенитета на неку међународну организацију, у конкретном случају на Европску унију. Други приступ, пак, предвиђа вршење одређених суверених права заједно.

Што се тиче питања односа између комунитарног и националног (унутрашњег) правног система и дејства комунитарних правних аката у унутрашњем правном поретку, идеално би било оно решење које би омогућило да се у унутрашњем правном систему остварују ефекти комунитарног права који су му и признати у пракси Суда правде Европских заједница и који су постали саставни део *acquis communautaire.*

Дакле, проблематика се, у суштини, своди на однос према међународном праву односно на питање да ли држава усваја монистички или дуалистички систем. У том светлу и поједине државе чланице, са становишта њихових устава, и третирају комунитарно право и његове изворе у својим националним правним порецима.

Уколико дође до ових промена, оне треба да, поред питања која се тичу преноса надлежности на институције Европске уније и дефинисања односа националног и комунитарног права, обухвате и уградњу у уставну материју оних одредаба које ће уредити однос између различитих нивоа власти у вези с европским пословима и омогућити адекватну заступљеност ентитета и заштиту њихових интереса.

Државно уређење БиХ као сложене државе не представља никакву препреку приступању Европској унији. Њено уставно уређење засновано на Дејтонском мировном споразуму, сагласно принципу *pacta sunt servanda*, мора бити очувано. Све промене устава, ради евентуалног будућег приступања Европској унији, треба да следе обим и начин који је обележио претходне процесе проширења, а чије смо битне елементе у овом раду, како у погледу темпоралног тако и материјалног оквира, настојали да идентификујемо и предочимо.

4. Конститутивни народи би могли одлучити и да задрже на снази постојећи уставни текст, јер је тешко веровати у то да могу лако постићи сагласност о једноставнијим и примењивијим решењима, доношењем у правном смислу народног устава. Успостављање нормалног стања за реализацију таквог опредељења тражи и сагласност релевантних чинилаца, учешће грађанског сектора, пуну јавност и транспарентност у раду.

Процес европских интеграција, поред преузимања комунитарних тековина, истовремено подразумева транзицију из система „реалсоцијализма“ с планском привредом ка либерално-демократском политичком уређењу, с економијом која функционише по принципу слободног тржишта. Пред земљама западног Балкана, поред усвајања уобичајених стандарда и критеријума, нарочито место заузима захтев да се обезбеде политичка стабилизација и успостављање регионалне сарадње, како би се уклониле последице недавних трагичних сукоба.

Dr. Mile Dmičić

Associate Professor
University of Banja Luka Faculty of Law

BOSNIA AND HERZEGOVINA AS A STATE UNION *SUI GENERIS* A TEMPORARY SOLUTION OR A MODEL FOR THE FUTURE

Summary

The author calls attention to the growing need of reaching a common understanding of legal nature of Bosnia and Herzegovina, and on the appropriate forms of state polity and governance. The author believes in possibility of such a shared understanding, along with the full internal consensus and respect for the European legal tradition. It should be built

on the grounds of respect for the basic principles of international and domestic law, and it should lead to definition and establishment of a complex state of Bosnia and Herzegovina – a confederation or federation *sui generis*, which, by all means, should not represent an obstacle to the European integration processes. A constitutional order based on the Dayton Peace Agreement should be preserved, in accordance with the principle of *pacta sunt servanda*.

Key words: *Cantons*. – *District*. – *Constitutional changes. – Dayton Peace Agreement. – Integration process. – National interest.*

УДК 347.435

Др Марија Караникић Мирић

доцент Правног факултета Универзитета у Београду

ПРОМЕНА ДУЖНИКА

Дуго се сматрало се да дужничко поверилачки однос представља строго личну везу. У римском праву промена дужника била је могућа само путем новације, односно гашењем једне и заснивањем друге обавезе међу којима постоји разлика у идентитету субјекта на дужничкој страни. Историјски развој промене дужника као самосталне установе био је дуг и мукотрпан. У многим европским правним системима данас постоје посебне законске одредбе о промени дужника. У другим правним системима Европе промена дужника још увек се разуме као облик новације.

Српски Закон о облигационим односима (1978) у највећем делу прихвата решења предложена Скицом за законик о облигацијама и уговорима (1969), сврстављујући се међу европске законе који познају промену дужника као самосталан правни институт. Законска правила о промени дужника груписана су у три целине: преузимање дуга, приступање дугу и преузимање испуњења. Ипак, једино преузимање дуга, строго узев, представља промену дужника. Приступање дугу не доводи до промене дужника, него до повећања броја субјеката на дужничкој страни. Преузимање испуњења не изазива промену на пасивној страни у облигационом односу, већ ствара обавезу трећег лица према дужнику, а поводом обавезе коју дужник има према повериоцу.

Кључне речи: *Преузимање дуга. Приступање дугу. Преузимање испуњења.*

1. УВОД

Промена субјеката у облигационом односу подразумева промену личности једне или обе стране у том односу, али тако да се не изгуби његов идентитет. Могућност да на место повериоца или дужника ступи неко друго лице, а да се тиме не изгуби истоветност облигационог односа, заснива се на идеји да се права и обавезе могу одвојити од својих титулара.

Историјски гледано, идеја о одвајању права од личности повериоца прихватана је лакше него она о одвајању обавеза од личности дужника. За пренос потраживања међу живима у римском праву прво је коришћена установа новације, за коју је потребна сагласност обе стране у облигационом односу, а доцније установа мандата (*mandatum agendi*). У првом случају, једна обавеза се гасила, а уместо ње заснивана је нова обавеза истог дужника према новом повериоцу. У другом случају поверилац би овластио треће лице да уместо њега води поступак против дужника и то у властито име. Уместо да пренесе потраживање на трећег, поверилац би му давао овлашћење да то потраживање утужи и да задржи примљено.[1] За разлику од промене повериоца, промена дужника у римском праву могла се обавити искључиво помоћу новације.[2] Ту стого узев и није реч о промени субјеката у непромењеној облигацији, него о гашењу једне и настанку друге обавезе, које се разликују по субјекту.[3]

Према модерним схватањима, облигациони однос јесте имовинско-правни однос између две тачно одређене стране. Међутим, идентитет страна у том односу није од пресудног значаја за његово постојање и садржину. Још почетком прошлога века било је правних писаца који су указивали на промену у схватањима: у савременом праву и правној теорији облигација у ширем смислу разуме се као однос између два лица, али и као вредност која се може уступити другоме.[4] Облигација као однос између лица и облигација као еко-

---

[1] A. Watson, *The Law of Obligations in the Later Roman Empire,* OUP, Ox ford 1965, 214 219, R. Zimmermann, *The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition*, OUP, Oxford, New York 1999, 58 67. На основу добијеног овлашћења, други поверилац стицао би право на самосталну тужбу (*actio utilis*) против дужника. Временом, у римском праву одустало се од захтева да се дужник сагласи с оваквим овлашћењем. Л. Марковић, *Облигационо право*, Службени лист, Београд 1997, 333. *Actio utilis* је тужба којом претор проширује примену неке друге тужбе на нове али сличне односе. М. Милошевић, *Римско право*, Номос, Београд 2005, 160. Реч је о самосталној тужби трећег лица, која се од повериочеве тужбе (*actio directa*) разликује по измењеном тужбеном захтеву (*intentio*). R. Sohm, *The In stitutes of Roman Law*, (transl. by J. Crawford Ledlie, introd. by E. Grueber), Gorgias Press, Piscataway 2002, 180 181.

[2] J. Ph. Lévy, A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, Dalloz, Paris 2002, 1008 1014, D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, Economica, Paris 2007, 42 48, М. Милошевић, 302 304, Ј. Радишић, *Облигационо право*, Номос, Београд 2004, 374, Л. Марковић, 332 334 и 347 348. О генези појма облигације, вид. J. Gaudemet, „Nais sance d'une notion juridique. Les débuts de l'obligation dans le droit de la Rome antique", *L'obligation* (*dir.* F. Terré), Dalloz, Paris 2000, 19 32. Према Улпијану: *Novatio est prio ris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio, hoc est cum ex praecedenti causa ita nova constituatur, ut prior peremattur. novatio enim a novo nomen accepit et a nova obligatione*. Ulpianus 46 ad sab., Dig. 46.2.1 pr.

[3] Д. Стојчевић, *Римско приватно право*, Савремена администрација, Београд 1968, 214 215.

[4] Под облигационим односом подразумева се облигација у ширем смис лу, тј. целовит правни однос између повериоца и дужника. За разлику од тога,

номска вредност нису две различите ствари, него два погледа на исту ствар. За разлику од римског права, које је као основни принцип признавало непреносивост облигација, савремено право и правна теорија начелно прихватају идеју о њиховој преносивости.[5]

До промене субјекта једног облигационог односа, било на активној било на пасивној страни, долази када на место тог субјекта ступи неко друго лице, али тако да сам облигациони однос остане исти, непромењен.[6] То може на првом месту бити у случају универзалне сукцесије у какву имовинскоправну целину, рецимо заоставштину. Универзални сукцесор ступа у укупност права и обавеза свога претходника, а за његове дугове одговара до висине вредности наслеђене имовине.[7]

У правним односима међу живима, поверилац у облигационом односу може се мењати путем уступања уговора, цесије (уступање потраживања уговором) и персоналне суброгације у ужем смислу (исплата са суброгацијом). Ова потоња заснива се на закону или на уговору између повериоца и испуниоца, односно између дужника и испуниоца. С друге стране, до промене дужника долази уступањем уговора и преузимањем дуга. Уступање уговора представља уступање читавог извора облигација, које за неминовну последицу има промену једног субјекта у облигационом односу.[8] До уступања уговора долази на основу споразума једне уговорне стране с трећим лицем, на

облигација у ужем смислу представља тражбину или потраживање за ону страну која је овлашћена да захтева неко давање, чињење, уздржавање или трпљење, односно дуг или обавезу за страну која је дужна да том захтеву удовољи. Поједини аутори сматрају да облигација може бити само облигација у ширем смислу, тј. да је облигација јединство права и обавеза субјеката у облигационом односу, те да не може бити облигације која се састоји само у праву или само у обавези. Тако: Б. Лоза, *Облигационо право*, Службени гласник, Београд 2007, 19 20. Више о појмовима облигације и облигационог односа: Ј. Радишић, *Облигационо право*, Номос, Београд 2004, 35 44, С. Перовић, *Облигационо право*, Службени лист, Београд 1990, 7 12.

[5] E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, présentation de D. Mazeaud, Dalloz, Paris 2004, 13 14.

[6] Реч је о персоналној суброгацији у ширем смислу. Под персоналном суброгацијом у ужем смислу подразумева се исплата са суброгацијом. О. Станковић, В. Водинелић, *Увод у грађанско право*, Номос, Београд 1996, 137. Вид. чл. 299, 300, 939 ст. 1, 1003, Закон о облигационим односима ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, 31/93, 22/99, 23/99, 35/99, 44/99. Исплата са суброгацијом може бити уговорна или законска. За разлику од цесије или преузимања дуга, она подразумева да испунилац ступа у права поверио ца тек у часу испуњења.

[7] Д. Ђурђевић, *Институције наследног права*, Службени гласник, Бео град 2010, 32 37. Преузимање дугова оставиоца у римском праву заснивало се на фикцији о универзалном настављању личности умрлог кроз личност наследника. Л. Марковић, 347.

[8] M. Billiau, *La transmission des créances et des dettes*, LGDJ, Paris 2002, 8 12.

који је пристала друга уговорна страна. На тај начин трећи ступа на место уступиоца у уговорном односу и преузима сва његова права и обавезе из датог уговора. Поред тога, до преноса уговора као извора облигација може да дође на основу самог закона.[9] Промена субјеката у облигационом односу остварује се на одређени начин и у случају асигнације.[10]

2. ПРОМЕНА ДУЖНИКА У ОБЛИГАЦИОНОМ ОДНОСУ

2.1. Упоредно право и правна теорија

У историјском смислу, промена личности дужника, тј. могућност да неко други ступи на место онога ко дугује, била је за теорију права далеко већи изазов од промене личности повериоца.[11] Потраживање има одређену вредност која се може пренети на другога, док се за дуг то не може рећи.[12]

Дуго се сматрало да дужничко-поверилачки однос представља строго личну правну везу. У римском праву промена дужника била је могућа само путем новације, односно гашењем једне и заснивањем друге обавезе, међу којима постоји разлика у идентитету субјекта на дужничкој страни. Идеја о промени дужника као облику новације одржала се током читавог средњег века, па се може рећи да је историјски развој промене дужника као самосталне установе био дуг и мукотрпан. Разумевање и прихватање идеје о преузимању туђег дуга мање је тешко када се то преузимање замисли као део неког обухватнијег преноса, попут уступања неке имовинске целине или уступања уговора у целости. Насупрот томе, идеја да се ступање у туђ дуг може одиграти самостално пробијала се спорије, како у праву, тако у теорији права.[13]

У многим европским правним системима данас постоје посебне законске одредбе о промени дужника, као засебној установи која се јасно разликује од новације. Док новација подразумева гашење једне и заснивање друге облигације, промена дужника значи да на

[9] Примера ради, у случају смрти закупца или закуподавца, закуп се наставља с његовим наследницима, ако није другачије уговорено. Чл. 599, ЗОО.

[10] Ј. Радишић, 375, Ж. Ђорђевић, В. Станковић, *Облигационо право*, Научна књига, Београд 1987, 630.

[11] Вид. Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel Munck, *Les obligations*, Defrénois, Paris 2005[2], 767 и 772, H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, *Leçons de droit civil. Tome deuxiè me, 1er volume Obligations: Théorie générale*, Montchrestien, Paris 1998[9], 1297.

[12] F. Terre, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, Paris 2005[9], 1241; M. Billiau, 14.

[13] J. Carbonnier, *Droit civil. Tome 2. Les biens. Les obligations*, P.U.F., Paris 2004, 2461.

место дужника у облигационом односу ступа неко други, а да се идентитет саме облигације не мења. Такав је случај у аустријском, швајцарском и немачком праву. У другим правним системима Европе промена дужника још увек се разуме као облик новације. Ту, примера ради, треба навести француско, италијанско и шпанско право.[14]

Европска правна теорија дуго се мучила да заснује промену дужника као самосталан правни институт. У напору да тај институт објасне, правни писци разматрали су више могућности. Прва могућност јесте промена дужника на основу уговора између повериоца и трећег лица. Друга могућност састоји се у промени дужника на основу уговора који закључе сам дужник и трећи. Поред тога, испитивана је могућност да се поменутим уговорима угаси обавеза ранијег дужника, као и могућност да треће лице ступи у дуг поред првобитног дужника, чија се обавеза не гаси.

Поменути критеријуми за класификацију промена на дужничкој страни у пресеку дају четворну таксономију: 1) ако уговор о промени дужника закључе поверилац и треће лице, онда је реч о екстерној промени дужника; 2) ако уговор о промени дужника закључе дужник и преузималац, онда је у питању интерна промена дужника. Промена дужника је 1) неправа, тј. кумулативна, ако на тај начин поверилац стиче још једног дужника уз оног којег већ има, односно 2) права, тј. транслативна или ослобађајућа, ако се њоме гаси обавеза пређашњег дужника, а треће лице ступа на његово место у облигационом односу.

Могућност ступања у туђи дуг најдуже разматрају немачки правни писци,[15] а Немачки грађански законик садржи правила о промени дужника путем уговора који треће лице закључује са повериоцем или са дужником уз пристанак повериоца (§§ 414–419).

Према §414 Немачког грађанског законика, треће лице може да ступи на место дотадашњег дужника по основу уговора с повериоцем. Ту се не помиње услов да дужник пристане да се на овај начин угаси његова обавеза према повериоцу, па се отвара питање може ли дужник то да одбије.[16] Поједини немачки аутори сматрају да

14 Далеко више о историјским основама и тенденцијама развоја установе преузимања дуга, вид. M. Baum, *Schuldübernahme*, у: J. Basedow, K. Hopt, R. Zimmermann, *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts. Band II: Kauf Zwingendes Recht*, Mohr Siebeck, Tübingen 2009, 1378 1380.

15 Л. Марковић, 346 348. Француски правни писци често истичу утицај §§ 414 415 Немачког грађанског законика и немачке правне теорије у овој области. Упор. R. Saleilles, *La théorie générale de l'obligation*, Editions La mémoire du droit, Paris 2001 (reimpression du 2e tirage de la 3e édition de 1914), 95 108, E. Gaudemet, 475, J. Carbonnier, 2464, Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel Munck, 771 772.

16 Салеј је тумачио §414 у смислу да за преузимање дуга уговором између повериоца и преузимаоца није потребан пристанак дужника. Као што трећи може да

поверилац може да уговори преузимање дуга с трећим лицем без сагласности првобитног дужника, будући да првобитни дужник из тога редовно може имати само користи. Међутим, према §333 Грађанског законика, који се односи на уговор у корист трећег, бенефицијар има право да одбије корист која је за њега уговорена, па треба испитати могућност аналогне примене тог правила. Другим речима, треба видети има ли дужник право, по аналогији са §333, да одбије корист која за њега произлази из уговора о преузимању дуга, која се огледа се у гашењу његове обавезе према повериоцу.[17]

На постојање дужниковог права да одбије да буде ослобођен обавезе указује §397 Немачког грађанског законика, према којем отпуштање дуга представља уговор.[18] То је од значаја, зато што се уговором о промени дужника који закључе поверилац и преузималац гаси дужникова обавеза, без потребе да дужник изјави вољу у том смеру. Ако је за отпуштање дуга потребан уговор између повериоца и дужника, онда ни преузимањем дуга не може престати дужникова обавеза без његове сагласности. Ако поверилац не може да угаси обавезу свога дужника једностраном изјавом воље, онда не треба допустити ни да он такву правну последицу изазове уговором с трећим лицем.

плати туђ дуг, тако може и да уговори с повериоцем да на себе преузме исти дуг. Ту није у питању новација којом би се створила нова обавеза за треће лице, него је у питању пренос постојећег дуга вољом повериоца. R. Saleilles, 96.

[17] J. Kropholler, *BGB Studienkommentar*, Verlag C. H. Beck, München 2003, 271. Неки немачки аутори сматрају да се код преузимања дуга не може правити аналогија са §333 Грађанског законика, тј. да дужник нема право да одбије да уговором о преузимању дуга који закључе поверилац и треће лице буде ослобођен своје обавезе према повериоцу. Вид. H. Heinrichs, у: O. Palandt, *Bürgerliches Gesetz buch Kommentar*, Verlag C. H. Beck, München 1995, 472. Други аутори ближи су становишту да је допуштена аналогија са §333, те да је првобитни дужник слободан да одбије корист која се за њега уговори и када се та корист састоји у отпуштању дуга. Вид. Rolf Stürner у: O. Jauernig, *BGB Kommentar*, Verlag C. H. Beck, München 2003, 468.

[18] Старији грађански законици допуштали су једнострани одустанак по вериоца од потраживања. Такво решење било је засновано на идеји да је свако слободан да бира хоће ли вршити властито право, па тако и да се властитог пра ва одрекне. Рецимо, у §1444 Аустријског грађанског законика стоји да поверилац који може да отуђи неко своје право, може и да се одрекне тог права у корист сво га дужника, чиме престаје дужникова обавеза. Изложено према: Д. Аранђеловић (прев.), *Аустријски грађански законик*, Просвета, Београд 1921[2]. Већ они аустријски правни писци на које се позива Лазар Марковић заузимају супротно становиште, па сматрају да је за отпуст дуга неопходан пристанак дужника. Л. Марковић, 398. Савремена аустријска правна доктрина дели то схватање. Вид. H. Koziol, R. Welser, *Grundriss des bürgerlichen Rechts*, *Band II Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht*, Wien 2007[13], 108, S. Dullinger, *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, Springer Verlag, Wien New York 2008, 100. За опрост дуга, као за сваки уговор, не опходно је да постоји сагласност између повериоца и дужника. Вид. P. Bydlinski, *Grundzüge des Privatrechts*, Wien 2007[7], 190.

Према §415 Немачког грађанског законика, дејство уговора о преузимању дуга који су закључили дужник и треће лице условљено је пристанком повериоца на преузимање о којем је обавештен. Ако поверилац не да свој пристанак, сматра се да дуг није преузет. Ако поверилац пусти да протекне рок који му је остављен за изјашњење, сматра се да је ускратио пристанак. За време док поверилац не да пристанак на уговор о преузимању дуга закључен између дужника и трећег лица, као и ако он одбије да дâ пристанак, уговор о преузимању дуга има дејства уговора о преузимању испуњења.[19]

У француској правној теорији, Салеј (*Saleilles*) међу првима разматра форму, особине, правне последице и посебне случајеве преузимања дуга – у то време нове установе немачког права.[20] Француски аутори неповерљиви су према преузимању дуга,[21] а Француски грађански законик не садржи посебне одредбе о овом институту. Наравно, то што у грађанском законику нема посебних одредаба о преузимању туђег дуга не значи да је оно у француском праву забрањено. Уговор којим дужник преноси свој дуг према повериоцу на треће лице може бити закључен у складу с начелом слободе уговарања, али такав уговор не производи правно дејство без сагласности повериоца.[22] Уговор између дужника и преузимаоца Карбоније (*Carbonnier*) назива интерном цесијом (*la cession interne*).[23]

Правне последице које наликују последицама преузимања дуга али се од њих понешто разликују, могу се у француском праву постићи на друге начине.[24] На првом месту ту су установе које повериоцу дају ново право према трећем лицу, али не гасе његово потраживање према старом дужнику. Те установе Карбоније назива кумулативном цесијом (*la cession cumulative*)[25] и у њих свруста-

[19] Изложено према: Б. Благојевић (ур.), *Њемачки грађански законик (од 1896. године). Опћи дио и обвезно право (§§ 1 до 853)*, превео А. Верона, Институт за упоредно право, Београд 1970.

[20] R. Saleilles, 95 108.

[21] Вид. Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel Munck, 767 772, H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, 1297 1306, F. Terre, Ph. Simler, Y. Lequette, 1241 1245, J. Carbonnier, 2461 2465.

[22] G. Marty, P. Raynaud, *Droit Civil. Tome II, 1er Volume, Les Obligations*, Sirey, Paris 1962, 807. Француски аутори често користе израз цесија дуга (*la cession de dette*). Салеј говори о преносу дуга (*le transport de dette*, *l'endossement de la dette*). Упор. R. Saleilles, 95.

[23] J. Carbonnier, 2462. Други аутори користе израз интерно преузимање (*la reprise interne*). Упор. Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel Munck, 769, F. Terre, Ph. Simler, Y. Lequette, 1243.

[24] G. Marty, P. Raynaud, 807, E. Gaudamet, 479 480.

[25] J. Carbonnier, 2462. Други аутори користе израз кумулативно преузимање (*la reprise cumulative*). Упор. Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel Munck, 769, F. Terre, Ph. Simler, Y. Lequette, 1242.

ва: 1) уговор у корист трећег лица (*la stipulation pour autrui*),[26] и 2) уговор којим се треће лице обвезује према дужнику да изврши његову обавезу према повериоцу (*la délégation*), чиме се ствара нова обавеза трећег лица, а обавеза дужника према повериоцу не престаје, изузев ако је поверилац на такво што изричито пристао.[27] Поред тога, француско право познаје новацију променом дужника (*la novation par changement de débiteur*), којом се, уствари, постиже гашење старе и заснивање нове обавезе, а не преузимање постојећег туђег дуга.[28] У сваком случају, до промене дужника у француском праву не може доћи без пристанка повериоца, а преузимању дуга су по свом правном дејству најближе установе: 1) новација променом дужника, и 2) преузимање испуњења уз изричит пристанак повериоца да се обавеза пређашњег дужника угаси (*la délégation parfaite*).

Швајцарски Законик о облигацијама садржи посебна правила о преузимању дуга.[29] Та правила груписана су у две целине.[30] На првом месту, одредбама чл. 175–180 уређено је преузимање дуга као вид ступања у једну или више тачно одређених обавеза претходника (сингуларна сукцесија). Потом, одредбама чл. 181 и 183 Законика о облигацијама и Законом о фузији,[31] уређена је промена дужника у случају преузимања или уступања какве имовинске целине.

---

[26] „On peut pareillement stipuler au profit d'un tiers lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi même ou d'une donation que l'on fait à un autre. Celui qui a fait cette stipulation ne peut plus la révoquer si le tiers a déclaré vouloir en profiter." Article 1121, Code Civil Français. Вид. Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel Munck, 771.

[27] „La délégation par laquelle un débiteur donne au créancier un autre débiteur qui s'oblige envers le créancier, n'opère point de novation, si le créancier n'a expressément déclaré qu'il entendait décharger son débiteur qui a fait la délégation." Article 1275, Code Civil Français. Вид. Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel Munck, 770, G. Marty, P. Ray naud, 846 849.

[28] „La novation s'opère de trois manières: [...] 2. Lorsqu'un nouveau débiteur est substitué à l'ancien qui est déchargé par le créancier, [...]." Article 1271, Code Civil Français. Вид. Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel Munck, 770, G. Marty, P. Raynaud, 842.

[29] Чл. 175 183, швајцарски Законик о облигацијама. Вид. G. Scyboz, P. Scy boz, P. R. Gilliéron, A. Braconi, *Code Civil Suisse et Code des Obligations annotés (CC&CO)*, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 2008[8].

[30] P. Tercier, *Le droit des obligations*, Schulthess, Gèneve Zurich Bâle 2009[4], 358.

[31] Упор. швајцарски Закон о фузији Loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (Loi sur la fusion, LFus), *RS (Recueil systématique du droit fédéral)* 221.301. Члан 182 швајцарског Законика о облигацијама укинут је 2003. године Законом о фузији. Члан 183 Законика о облигацијама резервисан је за посебне одредбе о деоби наследства и продаји непокретности под хипотеком. У том смислу треба погледати чланове 832 и 834 Швајцарског грађанског законика. Вид. G. Scyboz *et al*., *CO*, 135.

У оквирима швајцарске правне теорије, Терсије (*Tercier*) дефинише екстерно преузимање дуга (*la reprise de dette externe*) као правни институт помоћу којег се треће лице супституише у положај дужника, а на основу властитог уговора са повериоцем.[32] То је акт диспозиције, којим се непосредно и коначно гаси право повериоца према дужнику. Тај акт диспозиције је билатералан, будући да се њиме постижу правне последице отпуштања дуга, које у швајцарском праву може бити само уговор, а не једнострана изјава воље.[33] То значи да дужник може да одбије да уговором између повериоца и трећег лица престане његова (дужникова) обавеза према повериоцу. Поред тога, екстерно преузимање дуга представља извор облигација. Њиме се заснива одређено право повериоца према преузимаоцу. Новостворено право не разликује се по својој садржини од угашеног права.

За разлику од екстерног, интерно преузимање дуга (*la reprise de dette interne*) је уговор између дужника и трећег лица, којим се трећи обвезује да дужника ослободи дуга тако што ће намирити његовог повериоца, односно тако што ће преузети његов дуг уз претходну сагласност повериоца.[34] Реч је о уговору, а не о једностраној изјави воље преузимаоца. Тај уговор је по правилу теретан, а када је доброчин на његово закључење односе се посебни захтеви у погледу форме, који су садржани у чл. 243, ст. 1 швајцарског Законика о облигацијама.[35] Интерно преузимање дуга по себи не ослобађа дужника његове обавезе. Оно је за повериоца *res inter alios acta*; повериочева права остају нетакнута уговором између дужника и преузимаоца.[36] У погледу односа између дужника и преузимаоца, ако овај потоњи не изврши своју обавезу из уговора о интерном преузимању дуга (да намири повериоца, или да с њим закључи уговор о екстерном преузимању дуга), на дужнику остаје да испуни своју обавезу према повериоцу. Када дужник то учини, испуњење обавезе преузимаоца постаје немогуће из разлога који му се по претпоставци могу ставити на терет. То значи да преузималац може бити одговоран дужнику за штету, према правилима садржаним пре свега у чл. 97 Законика о облигацијама.[37]

---

[32] Чл. 176, швајцарски Законик о облигацијама. Вид. G. Scyboz *et al*., *CO*, 133.

[33] P. Tercier, 360.

[34] Чл. 175, швајцарски Законик о облигацијама. Вид. G. Scyboz *et al*., *CO*, 132 133.

[35] Tercier, *ibid*., P. Engel, *Traité des obligations en droit suisse, Dispositions géné rales du CO*, Stämpfli, Berne 1997, 895.

[36] Вид. G. Scyboz *et al*., *CO*, 132.

[37] P. Tercier, 358 362. Вид. такође: P. Engel, 894 904. У чл. 111 швајцарског Законика о облигацијама стоји да онај ко обећа радњу трећег дугује накнаду штете

По швајцарском праву, уговором о интерном преузимању дуга који закључују преузималац и дужник, преузималац се обвезује да дужника ослободи дуга тако што ће намирити његовог повериоца, односно тако што ће преузети његов дуг уз претходну сагласност повериоца. Другим речима, уговор о преузимању дуга ствара обавезу за преузимаоца да измири дужникову обавезу према повериоцу, или да с тим повериоцем закључи уговор о екстерном преузимању дуга којим би се угасила дужникова обавеза.

Непосредно правно дејство интерног преузимања дуга у швајцарском праву не састоји се у гашењу обавезе старог и заснивању обавезе новог дужника, него у 1) преузимању испуњења, или у 2) настанку обавезе трећег лица према дужнику да преузме на себе његов дуг, ако се поверилац с тиме сагласи. Такав уговор између дужника и трећег лица ствара само један прелиминаран однос међу њима, а сам по себи не доводи до гашења дужникове обавезе према повериоцу. Насупрот томе, уговор о екстерном преузимању дуга закључују преузималац и поверилац, а непосредна правна последица тог уговора јесте ступање преузимаоца у дужникову обавезу.

У погледу дејства, преузимање дуга може бити такво да се њиме гаси обавеза дужника а заснива обавеза преузимаоца, која се по својој садржини не разликује од дужникове угашене обавезе (*la reprise extinctive de dette*). За ово је потребна сагласност повериоца, будући да њему није свеједно ко му дугује. С друге стране, преузимање дуга може бити кумулативно, тј. такво да се њиме не гаси обавеза ранијег дужника (*la reprise cumulative de dette*). У том случају првобитни дужник и преузималац дугују солидарно, чиме је правни положај повериоца битно ојачан.[38]

2.2. Српско право

Већ је речено да се европска правна теорија дуго мучила да заснује промену дужника као самосталан правни институт. На том путу настали су појмови интерне, односно екстерне и транслативне, односно кумулативне промене дужника. У времену које је претходило доношењу Закона о облигационим односима, домаћа правна теорија такође је лутала у покушају да пронађе изразе који би најбоље означили сваку од поменуте четири категорије.[39] Закон о облигационим

у случају да трећи не изврши обећано. Вид. G. Scyboz *et al*., *CO*, 111 112. Исти је смисао чл. 153, ст. 1 српског ЗОО.

[38] P. Tercier, 358 362, P. Engel, 894 904. Посебно о томе да стари и нови дужник дугују солидарно, вид. P. Tercier, 352, P. Engel, 895.

[39] Аранђеловић користи израз перфектно преузимање дуга, да би означио уговор којим преузималац ступа на место дужника који се потпуно ослобађа обаве зе. Вид. Д. Аранђеловић, *Основи облигационог права*, Геца Кон, Београд 1937, 129.

односима (даље: ЗОО)[40] у том смислу прихвата решења предложена Скицом за законик о облигацијама и уговорима,[41] сврставајући се међу европске законе и законике који познају промену дужника као самосталан правни институт.

Глава VI ЗОО носи наслов *Промена повериоца или дужника* и подељена је на два одељка: *Уступање потраживања уговором (цесија)* и *Промена дужника*. Правила о промени дужника даље су груписана у три целине: преузимање дуга, приступање дугу и преузимање испуњења. Међу ове три установе, једино преузимање дуга представља промену дужника *stricto sensu*: само у случају преузимања дуга долази до промене личности на пасивној страни у облигационом односу. За разлику од тога, приступање дугу не доводи до промене дужника, него до повећања броја субјеката на дужничкој страни. На крају, преузимање испуњења не изазива никакву промену на пасивној страни у облигационом односу, већ ствара обавезу трећег лица према дужнику, а у вези с обавезом коју дужник има према повериоцу. То значи да наслов одељка *Промена дужника* не треба схватити сасвим дословно. Тај одељак обухвата правила о промени дужника у правом значењу (преузимање дуга); затим, правила о променама на дужничкој страни (приступање дугу, тј. повећање броја субјеката на дужничкој страни); и правила о уговору између дужника и трећег лица, којим се трећи обвезује да дужника испуњењем ослободи обавезе према повериоцу (преузимање испуњења).

У погледу горепоменуте четворне таксономије, домаћи законодавац је, по угледу на Скицу, одабрао изразе који добро преносе суштину појединих института. Тако, преузимање дуга означава интерну транслативну промену дужника Ту је реч о уговору између дужника и преузимаоца уз пристанак повериоца, којим преузималац ступа на место дужника, а дужникова обавеза се гаси. Приступање дугу је прикладан назив за екстерну кумулативну промену дужника, односно уговор између повериоца и трећег лица, којим то треће лице ступа у обавезу поред дужника, при чему се обавеза самог дужника не гаси.

Лоза говори о приватном преузимању дуга. Вид. Б. Лоза, 57. Марковић у овом смислу користи израз право (транслативно) преузимање дуга. Вид. Л. Марковић, 349. Константиновић је с правом указао на мањкавости начина на који се реч перфектан понекад употребљава у српској правној доктрини. Вид. М. Константиновић, *„Emp tio perfecta“ у Српском грађанском законику (Прилог историји извора Српског грађанског законика и методи тумачења)*, сепарат, Глобус, Београд 1934.

[40] Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ бр. 29/78, 39/85, 45/89 одлука УСЈ и 57/89, Службени лист СРЈ No. 31/93, 22/99, 23/99, 35/99 и 44/99, Службени лист СЦГ бр. 1/03 Уставна повеља.*

[41] М. Константиновић, *Облигације и уговори. Скица за законик о облигацијама и уговорима*, Службени лист, Београд 1996. Вид. и О. Станојевић, „*Скица* Михаила Константиновића,“ *Анали Правног факултета у Београду*, 3 5/1978, 267 284.

У српском праву нема посебних законских одредаба о интерној кумулативној промени дужника. То би био уговор закључен између дужника и трећег лица, којим се не гаси обавеза главног дужника већ трећи само ступа у обавезу поред њега. Такав уговор може се закључити у складу с општим начелом слободе уговарања. На крају, Закон не познаје ни екстерну транслативну промену дужника. То је уговор између повериоца и трећег лица којим треће лице ступа на место дужника у облигационом односу, а обавеза главног дужника се гаси. И такав уговор може се слободно закључити, али је његово правно дејство условљено пристанком дужника, будући да се по српском праву дуг не може опростити једностраном изјавом воље повериоца.

2.2.1. Преузимање дуга

Преузимањем дуга постиже се права промена дужника, односно промена субјекта на пасивној страни у облигацији при чему облигација не губи свој идентитет. Реч је о уговору између дужника и трећег лица (преузимаоца), на који је пристао поверилац.[42] Непосредно правно дејство тог уговора огледа се у гашењу обавезе првобитног дужника и ступању преузимаоца на његово место. То значи да на преузимаоца прелази она обавеза према повериоцу, коју је до преузимања дуга имао првобитни дужник.[43] Ступање преузимаоца на место првобитног дужника и једновремено дужниково ослобађање од исте обавезе може бити орочено или стављено под услов.[44]

До праве промене дужника у швајцарском праву долази путем уговора између повериоца и трећег лица, којем се дужник не противи.[45] Насупрот томе, Скицом за законик о облигацијама и уго-

---

[42] Члан 446 ЗОО. Вид. Ј. Радишић, 380 382, Л. Марковић, 346 360, Ж. Ђорђевић, В. Станковић, 624 630, В. Станковић, „Преузимање дуга“, *Коментар За кона о облигационим односима* (ур. С. Перовић), Савремена администрација, Бео град 1995, 847 852, Д. Аранђеловић, 127 130, Љ. Милошевић, *Облигационо право*, Научна књига, Београд 1970, 254 256, О. Антић, *Облигационо право*, Правни фа култет у Београду и Службени гласник, Београд 2008, 128 136, О. Станковић, В. Водинелић, 137 138, Д. Попов, *Грађанско право (Општи део)*, Службени гласник, Београд 2005, 202 203, П. Кларић, М. Ведриш, *Грађанско право*, Народне новине, Загреб 2006, 451 453, Ж. Шмалцељ, „Преузеће дуга“, први и други део, *Наша зако нитост* 1 2/1968 и 3 4/1968, Г. Тишић, „Преузимање дуга“, *Правни живот* 10/2002, 661 674. Лоза назива преузимаоца интерцедентом, а преузимање дуга привативном интерцесијом. Ако трећи ступа у дуг поред дужника, повећавајући број субјеката на дужничкој страни, онда је реч о кумулативној интерцесији. Б. Лоза, 57.

[43] Чл. 448, ст. 3, ЗОО.

[44] Пресуда Вишег привредног суда у Београду Пж. 74/98 од 10. фебруара 1998. године, *Мега збирка судске праксе из облигационог права I* (прир. З. Петровић, В. Козар), Интермекс, Београд 2009 (*Мега збирка*), 154 155.

[45] Чл. 176, швајцарски Законик о облигацијама. Вид. G. Scyboz *et al*., *CO*, 133, P. Tercier, 360.

ворима предложено је да се преузимање дуга – као једина аутентична установа која обезбеђује промену субјекта на дужничкој страни – постави као уговор између дужника и трећег лица, на који пристаје поверилац. Другим речима, швајцарски законодавац види централни случај промене дужника као уговор између повериоца и трећег лица, којем се дужник не противи. За разлику од тога, као централни случај промене дужника у Скици постављен је уговор између дужника и трећег лица, на који пристаје поверилац.

Домаћи законодавац имао је слуха да у овој области прихвати систем предложен Скицом за законик о облигацијама и уговорима. Тај систем прожет је јасном унутрашњом логиком. Поверилац који је решен у намери да се наплати па стога трага за додатним обезбеђењем властитог потраживања, има на располагању установу приступања дугу. У случају приступања дугу, обавеза постојећег дужника се не гаси, него се умножава број субјеката на пасивној страни у облигационом односу. Поверилац тако ојачава властиту позицију: његовим интересима ближа је множина субјеката на дужничкој страни, него промена дужника која подразумева гашење обавезе првобитног дужника и заснивање обавезе преузимаоца. С друге стране, установа преузимања дуга доводи до гашења обавезе првобитног дужника. Та установа на првом месту погодује дужнику који се ослобађа обавезе. Зато је логично што се права промена дужника заснива на уговору дужника и трећег лица, а не на уговору повериоца и трећег. Повериоцу је увек боље да му дугују двојица, макар један тренутно био слабијих платежних моћи, него да има само једног дужника. Ако поверилац ускрати свој пристанак на промену дужника, преузимање дуга конвертује се у преузимање испуњења. У том случају дужникова намера да неко други плати његов дуг није осујећена, али је спречено да до промене субјекта на дужничкој страни дође противно вољи повериоца.

Поверилац може пристати на преузимање дуга изричитом изјавом воље или конклудентном радњом – рецимо тако што без ограде прими испуњење од преузимаоца, које је овај учинио у властито име.[46] Наравно, поверилац може да дâ пристанак на преузимање дуга само ако је о том преузимању претходно обавештен. Обавестити га могу како дужник тако поверилац, а он свој пристанак може да изјави свакоме од њих.

Питање да ли је могуће да поверилац на неки други начин дозна за преузимање дуга нема посебан практични значај, будући да

[46] Када је Управа царина у својству повериоца дала сагласност да јој треће лице исплати царинске дажбине у три рате, Виши трговински суд је ту сагласност сматрао за пристанак на преузимање дуга, којим се царински обвезник ослобађа обавезе. Упор. Пресуда Вишег трговинског суда Пж. 4533/06 од 29. марта 2006. го дине, *Мега збирка*, 145 146.

се пристанак повериоца на преузимање дуга не може извести из његовог ћутања. Поверилац мора у сваком случају активно да изрази своју вољу, да би се сматрало да је он пристао на преузимање дуга.[47] Тврдња да је поверилац ипак знао за преузимање дуга, иако га дужник и преузималац о томе нису известили, нема никаквог значаја у случају да поверилац пропусти да се с тим преузимањем сагласи. С друге стране, ако се поверилац сагласи с преузимањем дуга, онда је порекло његовог сазнања за то преузимање правно ирелевантно. У случају да поверилац одбије да изјави пристанак на преузимање дуга, као и за време док на то преузимање не пристане, уговор о преузимању дуга има правно дејство уговора о преузимању испуњења.[48] Врховни суд Србије указао је на то да поверилац може да услови давање пристанка на преузимање дуга, поред осталог тако што ће захтевати да првобитни дужник постане преузимаочев јемац. То значи да у случају пуноважног уговора о преузимању дуга, првобитни дужник може под одређеним модалитетима да остане у обавези према повериоцу.[49]

Закон о облигационим односима предвиђа једну ситуацију у којој се из ћутања повериоца може узети да он пристаје на преузимање дуга. То је случај ћутања хипотекарног повериоца.[50] Домаћи правни писци сматрали су да је такво правило прописано зато што хипотекарни поверилац има интерес да нови власник хипотековане непокретности постане његов дужник.[51] Међутим, новим Законом о хипотеци прописано је да уговор о преузимању дуга обезбеђеног хипотеком који је закључен између власника и прибавиоца предмета хипотеке

47 Преузималац и дужник могу скупа, или сваки за себе, да позову повериоца да се у одређеном року изјасни о томе да ли пристаје на преузимање дуга. Ако поверилац пропусти тај рок, сматра се да није дао пристанак. Упор. Члан 446, став 4, ЗОО.

48 Изјава повериоца којом он пристаје на преузимање дуга мора бити јасна и недвосмислена. У противном, та изјава је без значаја, а уговор о преузимању дуга производи правна дејства уговора о преузимању испуњења. Упор. Пресуда Врховног суда Србије Рев. 424/97 од 18. новембра 1997. године, *Мега збирка*, 156.

49 Решење Врховног суда Србије Рев. 558/97 од 29. октобра 1997. године, *Мега збирка*, 157.

50 Ако прибавилац и отуђилац хипотековане непокретности уговоре да ће прибавилац преузети дуг отуђоца према хипотекарном повериоцу, сматра се да је хипотекарни поверилац на то преузимање пристао, ако на писмени позив свога примарног дужника (отуђиоца хипотековане непокретности) не одговори у року од три месеца од пријема тог позива. Писмени позив мора садржати упозорење на ову правну последицу, иначе је не може произвести. Вид. чл. 447, ЗОО.

51 Вид. В. Станковић, 849 850, Ж. Ђорђевић, В. Станковић, 628. У француском праву, у случају продаје хипотековане непокретности, под одређеним условима *ipso lege* наступа преузимање дуга који је обезбеђен хипотеком (*la cession plus que parfaite*). Упор. Art. L311 8, Code de la construction et de l'habitation, ***http://legifrance.gouv.fr***, 9. јануар 2010.

(односно између власника, прибавиоца предмета хипотеке и дужника ако власник није хипотекарни дужник), производи правна дејства само ако је хипотекарни поверилац дао свој пристанак у писменом облику.[52] То не значи само да се ћутање хипотекарног повериоца под условима из члана 447 ЗОО више не може узети за пристанак, него и да је пристанак хипотекарног повериоца оптерећен захтевом форме који се не поставља у случају повериоца чије потраживање није обезбеђено хипотеком. То је необично стога што је правни положај хипотекарног повериоца јачи од правног положаја обичног повериоца. Другим речима, захтев форме који је постављен Законом о хипотеци не може се правдати заштитном функцијом тражене форме, будући да је хипотекарни поверилац по дефиницији боље заштићен од обичног повериоца, чија изјава о пристанку у начелу производи правно дејство без обзира на форму у којој је дата.[53]

Преузимањем дуга преузималац ступа на место првобитног дужника, а овај се ослобађа обавезе. Међутим, ако је преузималац био презадужен у време када је поверилац пристао на преузимање дуга – што поверилац није знао нити морао да зна, преузимање дуга неће бити транслативно, него кумулативно. У таквом случају, уговор између дужника и преузимаоца не ослобађа првобитног дужника обавезе, већ дужник и преузималац дугују повериоцу један до другога.[54]

Преузимањем дуга мења се субјекат на пасивној страни у облигационом односу, на место пређашњег дужника ступа нови. Међутим, ако дуг произлази из каквог уговора, преузимањем дуга тај уговор се не гаси. Он и даље производи правна дејства између уговорника. Када се преузимањем дуга угаси једина или последња уговорна обавеза, не сматра се да је тај уговор престао, него да је извршен.

Поједини аутори сматрају да је могуће преузети било који дуг, осим оног који је везан за дужникову личност.[55] Према овом схватању, промена дужника не може се извршити ако се садржина дуга не може одвојити од личности дужника, односно ако се променом дужника мења и садржина дуга.[56] Насупрот томе, неки аутори

[52] Вид. чл. 22, Закон о хипотеци, *Службени гласник РС*, бр. 115/05.

[53] Само изузетно, када уговором о преузимању дуга преузималац ступа на место дужника у облигацији чији је извор какав формалан уговор, захтева се да уговор о преузимању дуга буде закључен у истој форми. Вид. В. Станковић, 625.

[54] Упор. чл. 448, ст. 2, ЗОО. Вид. Пресуда Вишег привредног суда Пж. 10045/97 од 10. фебруара 1998. *Мега збирка*, 145 146.

[55] В. Станковић, 848, Ж. Ђорђевић, В. Станковић, 625, П. Кларић, М. Ве дриш, 452, Љ. Милошевић, 254, Б. Лоза, 58.

[56] Л. Марковић, 352.

сматрају да се може преузети сваки дуг, па и онај који је везан за личност дужника, будући да је за преузимање дуга неопходан пристанак повериоца. Дајући пристанак на преузимање дуга, поверилац прихвата да му одређену чинибу изврши неко други.[57]

Промена дужника законске обавезе издржавања није допуштена ни онда када се с тим сагласи поверилац.[58] То је стога што је редослед остваривања права на издржавање уређен императивном законском нормом.[59]

Марковић истиче да се једна врста дуга никако не може преузети. То је обавеза пропуштања неке чинидбе која има лично обележје, рецимо обавеза оперског певача да не наступа у одређеном месту.[60] Ипак, чини се да то није ни правна ни логичка немогућност. Изгледа сасвим могуће да се уговором између дужника и трећег лица угаси дужникова лична негативна облигација, под условом да поверилац на то пристане, а да уместо пређашњег дужника од сада треће лице дугује исто нечињење. Наравно, може се дискутовати о очувању идентитета облигације у овом случају. Другим речима, може се отворити питање да ли је други оперски певач ступио у дуг претходног, или је промена личности на коју пада обавеза уздржавања од певања у тој мери битна, да више не може бити речи о преузимању дуга, већ само о истовременом гашењу једне и заснивању друге обавезе. Негативне личне облигације немају ниједно обележје које би их у том погледу чинило инхерентно различитим од позитивних личних облигација. Проблем се овде огледа у дефинисању идентитета облигације, односно у проналажењу случаја у којем би промена дужника била толико важна да се њоме нужно мења садржина саме обавезе. Може се разматрати да ли су личне обавезе управо такве или нису, али изгледа неспорно да у негативним личним обавезама нема ничега што би их у том погледу раздвојило од позитивних личних обавеза.

---

[57] P. Tercier, 360 361, Ј. Радишић, 381, О. Антић, 128.

[58] Упор. Д. Ђурђевић, *Основи породичног права Црне Горе*, ЦИД, Подгорица 2008, 282 и даље.

[59] Тако, супружник остварује право на издржавање првенствено од другог супружника, крвни сродници остварују међусобно право на издржавање редоследом којим наслеђују на основу закона, тазбински сродници остварују међусобно право на издржавање после крвних сродника. Ако има више поверилаца издржавања, право детета на издржавање има првенство, а ако је више лица истовремено дужно да даје издржавање, њихова обавеза је подељена. Вид. члан 166, Породични закон, *Службени гласник РС*, бр. 18/2005. Уговор којим се ремети законом прописан редослед остваривања права на издржавање, био би противан императивним одредбама Породичног закона. Међутим, обавеза плаћања доспелих оброка издржавања преносива је и може бити предмет уговора о преузимању дуга. Упор. Д. Ђурђевић, 258 и даље.

[60] Л. Марковић, *ibid.*

Треба истаћи једну нијансу која често пролази неопажено у расправи о томе може ли се преузети лични дуг. Аутори који тврде да се не може преузети дуг везан за личност, наводе да је то због тога што би промена субјекта који дугује с обзиром на личност била толико битна, да би се њоме изменила и садржина саме облигације. Међутим, то значи само да се установа промене дужника у личној облигацији уз сагласност дужника не може у строгом смислу квалификовати као преузимање дуга. Наведени аргумент не поткрепљује тврдњу да је промена дужника који дугује с обзиром на личност недозвољена или немогућа, већ само да због последичне промене идентитета облигације тај случај не представља преузимање дуга. Уместо тога, могло би се радити о 1) новацији променом дужника (*la novation par changement de débiteur*) за коју зна француско право; или о 2) истовременом отпуштању дуга старом дужнику уз његову сагласност и заснивању обавезе новог дужника, при чему се нова обавеза садржински не разликује од старе. Ова потоња конструкција била би ближа српском праву, које не познаје посебан институт новације променом дужника.

Уговор о преузимању дуга има транслативно дејство: преузималац ступа на место пређашњег дужника, а овај се ослобађа обавезе.[61] То значи да промена дужника, то јест ступање прузимаоца на дужниково место у облигационом односу, представља непосредну правну последицу уговора о преузимању дуга. Другим речима, правна последица тог уговора јесте преузимање дуга, а не настанак обавезе да се дуг преузме. Исто важи када је пренос дуга стављен под рок или услов. Уговор је апстрактан, будући да сврха или непосредан правни разлог преузимања туђег дуга остаје скривен. Међутим, као сваки други апстрактан уговор, уговор о преузимању дуга може се свести на каузалан, и то вољом уговорних страна, приговором једне стране у спору или по службеној дужности, ако је у питању апсолутно ништав уговор.[62]

Између преузимаоца и повериоца постоји иста облигација која је до закључења уговора о преузимању дуга постојала између пређашњег дужника и повериоца. Поверилац може да истакне према преузимаоцу сва споредна права која је имао према првобитном дужнику. То не важи за средства обезбеђења која су дала трећа лица. Та лица, примера ради залогодавац или јемац, не могу се довести у позицију да обезбеђују преузимаочев дуг без своје воље, него за

[61] Ово треба разликовати од транслативне или ослобађајуће промене дужни ка, као посебне врсте уговора којим се гаси обавеза пређашњег дужника. У домаћој правној теорији преузимање дуга којим се гаси обавеза пређашњег дужника описује се као транслативно (Л. Марковић, 349), перфектно (Д. Аранђеловић, 129) или при вативно (Б. Лоза, 57).

[62] С. Перовић, 240.

то морају дати свој пристанак. Преузималац не одговара за камате доспеле пре закључења уговора о преузимању дуга. То правило је, наравно, диспозитивне природе.

Преузималац може да истакне повериоцу приговоре из правног односа из којег потиче преузети дуг, као и приговоре које сам преузималац има према повериоцу. Преузималац не може истаћи повериоцу приговоре из свог односа са првобитним дужником који је био разлог преузимања. Примера ради, у приговоре из правног односа повериоца и дужника из кога потиче преузети дуг, могу се уврстити приговор да је дуг већ био измирен у тренутку преузимања, приговор да је уговор који представља основ преузете обавезе ништав из било ког разлога, приговор неизвршења уговора који представља основ преузете обавезе, приговор да продата и предата ствар има физички или правни недостатак. Као пример за приговор који сам преузималац има према повериоцу, може се навести компензациони приговор. Преузималац може с преузетим дугом да пребије сопствено потраживање према повериоцу; али не и потраживање пређашњег дужника, јер то би било плаћање властитог дуга туђим средствима. Преузималац не може да истакне према повериоцу приговоре из властитог односа са пређашњим дужником, па макар тај однос био основ преузимања. Ту спада приговор неиспуњења или ништавости уговора из којег потиче преузимаочева обавеза према дужнику, коју је он хтео да намири преузимањем дуга. Исто важи за приговор да је обавеза преузимаоца према дужнику коју је требало намирити преузимањем дуга, престала на неки други начин.[63] У оквиру швајцарске правне теорије, Терсије истиче да преузималац ипак може да истакне према повериоцу приговоре из властитог правног односа са пређашњим дужником у два случаја: ако је реч о злоупотреби права, или ако је таква могућност предвиђена самим уговором о преузимању дуга.[64]

Домаћи судови сматрају да истицање разлога из којих се преузималац одлучио да ступи у туђи дуг, односно сврхе коју је он на тај начин хтео да постигне, спада у приговоре из односа преузимаоца и пређашњег дужника, који је био основ преузимања. У том смислу, Врховни суд Србије сматрао је да питање хоће ли се остварити сврха због које је закључен уговор о преузимању дуга, представља пословни ризик за уговорне стране. Неостваривање те сврхе не утиче на пуноважност уговора о преузимању дуга. Без обзира на разлоге из којих се интереси преузимаоца нису реализовали, изостанак њихове реализације не чини уговор о преузимању дуга ништавим.[65]

---

[63] Вид. P. Engel, 899 900, Л. Марковић, 356.

[64] P. Tercier, 362.

[65] У конкретном случају, преузималац је препознао властити интерес у финансијској консолидацији пређашњег дужника. Намеравао је да преузимањем и

Све док поверилац не пристане на преузимање дуга, и у случају да он ускрати пристанак, уговор о преузимању дуга има правно дејство уговора о преузимању испуњења. У том случају, трећи се обвезује само према дужнику, и то да испуни обавезу тог дужника према одређеном повериоцу. Треће лице не преузима дуг нити му приступа, па поверилац нема никаква права према њему.

2.2.2. Приступање дугу

У чл. 451 ЗОО садржана су посебна правила о приступању дугу, које се од преузимања дуга разликује по више основа. На првом месту, приступање дугу није уговор између дужника и трећег лица, него између повериоца и трећег. Поред тога, у случају да трећи приступи дугу, првобитни дужник не ослобађа се обавезе према повериоцу, него наставља да дугује поред трећег лица. За приступање дугу није потребан пристанак дужника, будући да се његов правни положај овим уговором не мења. У том смислу Виши трговински суд сматрао је да закључење уговора о приступању дугу између повериоца и трећег лица не прекида застарелост потраживања према дужнику, будући да дужник том приликом није изјавио вољу, па ни признао дуг.[66]

Дужник се не може противити закључењу уговора о приступању дугу, нити је његов пристанак неопходан да би тај уговор производио правно дејство на које је управљен. Међутим, по правилу из чл. 296, ст. 5 ЗОО, ако дужник сам понуди да одмах испуни своју обавезу, поверилац не може примити испуњење од трећег лица. С тим у вези, поједини аутори истичу да се дужник не може ослободити обавезе мимо своје воље те да му се мора омогућити да своју обавезу уредно испуни. Другим речима, ако поверилац прими испуњење од приступиоца упркос изричитом противљењу првобитног дужника који је сам понудио да одмах испуни властиту обавезу, обавеза првобитног дужника се не гаси и он може дуговано да депонује код суда за повериоца.[67] Таквом се резоновању може приговорити следеће. Када лице које је приступило дугу по основу уговора са повериоцем плати повериоцу тај дуг, за то лице не може се рећи да

исплатом туђег дуга оствари властите интересе. Та планирана последица није се остварила. Упор. Пресуда Врховног суда Србије Рев. 426/99 од 1. децембра 1999. године, *Мега збирка*, 153 154. Вид. такође: Решење Вишег привредног суда, Пж. 614/99 од 13. маја 1999. године, *Мега збирка*, 154.

[66] Упор. Пресуда Вишег трговинског суда Пж. 7121/05 од 9. фебруара 2005. године, *Мега збирка*, 146. За разлику од тога, интерно преузимање дуга до којег до лази на основу уговора између преузимаоца и дужника прекида ток застарелости, зато што је на тај начин дужник признао дуг. P. Tercier, 361.

[67] Б. Лоза, 60.

испуњава туђу обавезу противно вољи дужника. Напротив, такав приступилац испуњава сопствену обавезу – он плаћа властити дуг.

Првобитни дужник и приступилац дужници су истог реда. Другим речима, обавеза приступиоца није супсидијарна него принципална, па када дуг доспе поверилац може његово испуњење да захтева било од првобитног дужника, било од приступиоца. С друге стране, обавеза приступиоца је акцесорна, њена ваљаност зависи од ваљаности обавезе првобитног дужника. [68]

Према схватањима израженим у домаћој правној теорији, када приступилац исплати дуг повериоцу, он се не суброгира у повериочева права према дужнику. Законске суброгације ту нема, зато што приступилац који испуни обавезу није платио туђ него сопствени дуг. Другачије може бити само ако у самом уговору о приступању дугу постоје извесни модалитети, или ако је уговору о приступању дугу претходио какав споразум између дужника и трећег лица.[69]

Прво, поверилац и приступилац могу, у складу са чл. 299 ЗОО, пре испуњења или најкасније у часу испуњења да уговоре прелазак испуњеног потраживања на приступиоца, са свим или само неким споредним правима. У том случају, када једно лице исплати дуг којем је приступило по основу уговора с повериоцем, оно се у часу исплате суброгира у права тог повериоца према првобитном дужнику. Ту позиција приступиоца наликује позицији солидарног јемца. Међутим, када јемац намири повериочево потраживање долази до законске суброгације. На њега прелази то потраживање са свим споредним правима и гарантијама његовог испуњења. С друге стране, приступилац који је исплатио дуг према повериоцу суброгира се у његова права само ако је то посебно уговорено. Друго, уговорна суброгација приступиоца може се остварити по основу посебног уговора између дужника и приступиоца, који мора бити закључен пре него што приступилац испуни дуг. Треће, ако ништа посебно није уговорено, исплаћени дуг се гаси. Онај ко је исплатио дуг према повериоцу, било да је то приступилац било сам првобитни дужник, не ступа у права повериоца.[70]

У домаћој правној теорији нема спора о томе да су првобитни дужник и лице које је приступило дугу по основу уговора с поверио-

---

[68] *Ibidem*.

[69] В. Станковић, 852 853.

[70] Лоза наводи да је могуће уговорити да до суброгације не дође, али не на води шта се дешава у случају да ништа није уговорено. Б. Лоза, 60. Такође, Лоза не разматра могућност да се првобитни дужник који исплати дуг суброгира у позицију сада намиреног повериоца према приступиоцу. То би, међутим, долазило у обзир ако би се одсуство суброгације морало уговарати, тј. када оно не би било норма увек када суброгација није посебно уговорена.

цем дужници истога реда. То значи да приступилац нема право на приговор реда.[71] По томе се приступање дугу разликује од установе јемства, која у своме основном облику јемцу пружа привилегију редоследа (*beneficium ordinis*). Према правилу из чл. 1012, ст. 1 Скице за законик о облигацијама и уговорима ово посебно обележје јемства требало је да буде оштро постављено и свима јасно: поверилац може да захтева испуњење од јемца тек пошто је пре тога безуспешно покушао да се принудним путем наплати од дужника. Изузетно, јемац нема право на приговор реда ако га се писмено одрекао, или се обвезао као солидарни јемац (што се код уговора у привреди обориво претпоставља), или ако је дужник пао у стечај.[72]

Међутим, према чл. 1004, ст. 1 ЗОО, поверилац може да захтева испуњење од јемца ако главни дужник не испуни обавезу у року који му је за то оставио поверилац у писменом позиву.[73] Другим речима, довољно је да се поверилац обрати главном дужнику са захтевом за испуњење и да му за то одреди рок. Ако се немарни дужник о тај рок оглуши, поверилац не мора да покушава да се од њега наплати принудним путем, већ може одмах да захтева испуњење од јемца. Овим је обезвређена идеја о јемчевом праву на приговор реда, а положај супсидијарног јемца готово изједначен с положајем солидарног јемца, о чему је Познић писао одмах након доношења Закона о облигационим односима.[74]

У постојећој конструкцији, разлика између јемца и лица које је приступило туђем дугу уско је постављена. Она се огледа пре свега у томе што се јемац који испуни обавезу главног дужника по закону суброгира у правну позицију повериоца, док до суброгације приступиоца у позицију повериоца долази само ако је посебно уговорена. И друго, поверилац је дужан да опомене дужника, те да му за испуњење обавезе одреди рок. Ако дужник из било ког разлога

[71] В. Станковић, 852, Б. Лоза, 60, Ж. Ђорђевић, В. Станковић, 629. Исто: П. Кларић, М. Ведриш, 452 453.

[72] Према Јустинијановом праву, јемац је могао одбити повериочев захтев позивајући се на супсидијерност своје обавезе која је била обезбеђена привилегијом редоследа. Вид. М. Милошевић, 300. Обавеза повериоца да прво покуша судским путем да се наплати од дужника била је прописана и чл. 457 Богишићевог Општег имовинског законика.

[73] Вансудска опомена довољна је према § 1355 Аустријског грађанског за коника.

[74] Б. Познић, „Осврт на неке одредбе Закона о облигационим односима,“ *Ана ли Правног факултета у Београду*, 3 5/1978, 367 384. Значај овог Познићевог ос врта посебно истиче Орлић. Вид. М. Орлић, „Закони се мењају, идеје не застаревају,“ у: Б. Познић, *Коментар Закона о парничном поступку (према тексту Закона из 1976. године са доцнијим изменама и допунама)*, Службени гласник, Београд 2009, XXVI. Вид. више: М. Орлић, *О делу професора Боривоја Познића. Поводом изласка из штампе књиге Коментар закона о парничном поступку*, Београд 2009, 10 13.

пропусти тај рок, поверилац није дужан да покушава да се од дужника наплати принудним путем, већ може одмах да се обрати јемцу и да од њега захтева намирење. Другим речима, јемчева привилегија редоследа не значи да је поверилац дужан да прво покуша судским путем да се наплати од дужника, већ само да га вансудски опомене и остави му рок за испуњење обавезе.[75] Насупрот томе, поверилац може да захтева испуњење од приступиоца и пре него што вансудски опомене првобитног дужника.

2.2.3. Приступање дугу по основу уговора с дужником

Српски законодавац није посебно уредио могућност приступања дугу по основу уговора између дужника и приступиоца. То би био уговор између дужника и трећег лица, којим треће лице приступа дужниковом дугу према повериоцу, али тако да се обавеза самог дужника не гаси. Чињеница што нема посебних законских одредаба о том уговору не значи да је његово закључење забрањено. Напротив, он се може закључити у складу с општим начелом аутономије воље, које је гарантовано чл. 10 ЗОО.

На приступање дугу по основу уговора с дужником у домаћем праву требало би сходно применити законска правила о уговору у корист трећег, у том смислу што поверилац може да одбије корист која је уговорена за њега, а дужник може ту корист да опозове или измени све док поверилац не изјави да прихвата повећање броја субјеката на дужничкој страни. Ипак, приступање дугу по основу уговора с дужником разликује се од уговора у корист трећег по томе што у случају приступања туђем дугу ваљаност обавезе приступиоца зависи од ваљаности обавезе првобитног дужника. У случају уговора у корист трећег стипулант не мора имати властиту обавезу према бенефицијару.

Треба указати на то по чему се приступање дугу по основу уговора с дужником разликује од законом уређеног уговора о преузимању испуњења. Оба наведена уговора закључују дужник и треће лице. Уговором о преузимању испуњења треће лице обвезује се према дужнику да ће испунити неку његову обавезу према повериоцу, при чему се обавеза самог дужника према повериоцу не гаси.[76] Ово последње важи и за приступање дугу по основу уговора с дужником, којим се такође не гаси обавеза првобитног дужника

[75] С друге стране, вансудска опомена није довољна за прекидање застаревања, него се ту тражи подизање тужбе или предузимање друге радње пред судом или другим надлежним органом с циљем утврђивања, обезбеђења или остварења потра живања. Вид. чл. 388, ЗОО.

[76] Упор. чл. 453, ЗОО, Решење Врховног суда Србије Рев. 558/97 од 29. окто бра 1997. године, *Мега збирка*, 156 157.

према повериоцу. Међутим, из уговора о приступању дугу који је закључен с дужником настаје сопствено и непосредно право повериоца да захтева од трећег лица извршење одређене чинидбе, као да је реч о уговору у корист трећег. Насупрот томе, из уговора о преузимању испуњења не настаје такав директан захтев повериоца према трећем лицу.

Разлог за приступање туђем дугу по основу уговора с дужником могла би да буде нека старија обавеза приступиоца према дужнику. Међутим, таква обавеза могла би се намирити простим испуњењем дужникове обавезе према повериоцу уз сагласност дужника. Наиме, поверилац је дужан да прими испуњење од сваког лица које има правни интерес, изузев ако је реч о обавези коју према уговору или њеној природи дужник треба да испуни лично. Штавише, поверилац може да прими испуњење од трећег и када се дужник противи том испуњењу. Једини начин да дужник ово спречи јесте да сам понуди да одмах испуни властиту доспелу обавезу.[77] У том смислу, нема нарочитих практичних разлога да дужник и треће лице посебно уговарају приступање дугу.

2.2.4. Преузимање дуга по основу уговора с повериоцем

Овде је реч о уговору између повериоца и преузимаоца, који за последицу има промену субјекта на пасивној страни у облигационом односу. За разлику од уговора о приступању дугу, у случају преузимања дуга путем уговора с повериоцем преузималац не ступа у дуг поред, него наместо пређашњег дужника. Другим речима, поверилац и преузималац закључују уговор којим престаје обавеза дотадашњег дужника, а на његово место ступа преузималац, док се идентитет облигације не мења. Такав уговор није посебно уређен српским Законом о облигационим односима, што наравно не значи да је његово закључење забрањено. Уговор о преузимању дуга може се закључити с повериоцем, што је у складу с општим начелом аутономије воље, али је правно дејство таквог уговора условљено пристанком дужника.

Према домаћем праву отпуштање дуга је уговор.[78] Поверилац не може једностраном изјавом воље да опрости дуг своме дужнику. Сматра се да дужник може имати морални интерес да му одређени поверилац не опрости дуг, него да том повериоцу испуни своју обавезу онако како она гласи.[79] Преузимање дуга по основу уговора

[77] Упор. чл. 296, ЗОО. Б. Лоза, „Испуњење од стране дужника или трећег лица,“ *Коментар Закона о облигационим односима* (ур. С. Перовић), 688 691.

[78] Чл. 344, ст. 1, ЗОО.

[79] Ћутање лица коме је поверилац понудио опрост дуга не може се узети као прихватање. Исто важи за ћутање поклонопримца. У начелу, пасивно понашање не

преузимаоца са повериоцем имало би за последицу гашење обавезе првобитног дужника, па се за такво што захтева дужников пристанак.

Ипак, ова правна последица може се постићи обилазним путем. Доспела дужникова обавеза гаси се када је испуни треће лице, које је тој обавези приступило по основу уговора са повериоцем. У таквом случају, дужник се не може противити што је његова обавеза престала.[80]

Посматрано из угла повериоца, ситуација у којој поверилац закључује уговор о промени дужника с трећим лицем, и ситуација у којој он опрашта дуг своме дужнику, битно се разликују. У оба случаја, дужник из онога што чини поверилац редовно може имати само користи. Међутим, када поверилац опрашта дуг, његова намера је либераторна, он пристаје да се туђа имовина без накнаде увећа на његов рачун. С друге стране, када поверилац тражи новог дужника, он покушава да се наплати. Ту његово поступање не указује на спремност да дуг отпише. Напротив, оно указује на то да поверилац има намеру да дуг наплати, макар и од трећег лица.

Ипак, све то не потире аналогију између опроста дуга и транслативног, то јест ослобађајућег преузимања дуга по основу уговора између повериоца и трећег лица. Наиме, поменуту намеру да се наплати макар и од трећег лица, поверилац може да ојача тако што ће закључити уговор о приступању дугу. То је уговор којим треће лице ступа у дуг поред првобитног дужника, чија обавеза се не гаси. За разлику од опроста дуга, поверилац који закључује уговор о преузимању дуга с трећим има циљ да се наплати. Међутим, да би он тај циљ остварио, није неопходно да се угаси обавеза првобитног дужника. Довољно ће бити да поред дужника у дуг ступи још неко. Право повериоца да угаси дужникову обавезу без дужниковог пристанка не може се правдати постојањем повериочеве чврсте намере да се наплати.

Комисија за израду Грађанског законика коју је 2006. године именовала Влада Републике Србије, разматра идеју да се у будућу

може се схватити као пристајање, ни онда када је понуда учињена у искључивом ин тересу понуђеног. Вид. М. Орлић, *Закључење уговора*, Институт за упоредно право, Београд 1993, 349 351, С. Перовић, *Облигационо право*, Службени лист, Београд 1990, 263. Црногорски законодавац унео је у нови Закон о облигационим одно сима правило из Скице за законик о облигацијама и уговорима, по којем ћутање понуђеног на писану понуду поклона значи прихватање. Упор. чл. 577, ст. 3, Закон о облигационим односима, *Службени лист ЦГ* бр. 47/08 (ЗОО ЦГ), чл. 510, ст. 3, Скица за законик о облигацијама и уговорима. У нови црногорски закон ипак није унета одредба чл. 298, ст. 3 Скице према којој се сматра да је дужник прихватио по нуду повериоца да му дуг опрости, ако ту понуду није без одлагања одбио. Упор. чл. 353 ЗОО ЦГ.

80 Упор. В. Станковић, *ibid.*

грађанску кодификацију уврсти правило о преузимању дуга уговором између повериоца и трећег лица. Реч је о решењу из Скице за законик о облигацијама и уговорима, које је законодавац изоставио 1978. године. Садржина тог решења је следећа: уговором између повериоца и трећег лица може се извршити преузимање дуга и дужник сасвим ослободити обавезе, само ако је то изражено на несумњив начин. Другим речима, не може се претпоставити да је постојала намера повериоца и трећег лица да се ослободи првобитни дужник. Ако намера да се изврши преузимање дуга није несумњиво изражена уговором између повериоца и трећег лица, узеће се да трећи не преузима туђи дуг него да том дугу приступа. У пакету с тим правилом, с циљем очувања унутрашње логике овако устројеног система, Комисија разматра преузимање још једног правила из Скице које је изостављено приликом рада на важећем Закону о облигационим односима. Реч је о правилу да ће се сматрати да је дужник прихватио понуду повериоца да му опрости дуг, ако ту понуду без одлагања не одбије.[81] У сваком случају, основно правило остало би да је за отпуштање дуга неопходна сагласног дужника.

У случају да поменута решења из Скице нађу свој пут до будуће српске грађанске кодификације, требало би узети да је, по аналогији с правилима о отпуштању дуга, за преузимање дуга уговором између повериоца и трећег лица неопходно да се дужник с тиме сагласи – макар се та сагласност могла изразити ћутањем, тј. пропуштањем дужника да се преузимању дуга успротиви. Поверилац који закључује уговор с трећим лицем о преузимању каквог дуга има, пре свега, намеру да осигура своју поверилачку позицију. Да је поверилац вођен либераторном намером, он би ишао за тим да своме дужнику опрости дуг, а не да себи обезбеди другог, платежнијег дужника. Намера повериоца који је решен да се наплати може се осигурати закључењем уговора о приступању дугу, за које се не захтева пристанак дужника. Другим речима, није неопходно да се дужникова обавеза угаси противно његовој вољи, да би се постигле правне последице којима тежи поверилац.

У том смислу, ако будућа грађанска кодификација уреди уговор повериоца и трећег лица о ослобађајућем преузимању дуга, требало би то правно дејство условити дужниковим пристанком. У недостатку пристанка с дужникове стране, као и док дужник не да свој пристанак, уговор о преузимању дуга закључен између повериоца и трећег лица требало би да производи правно дејство уговора о приступању дугу.

---

[81] Комисија за израду Грађанског законика, *Преднацрт. Грађански законик Републике Србије*, друга књига, *Облигациони односи*, Влада Републике Србије, Бео град 2009, 135, 166. У погледу правила о приступању дугу, упор. чл. 502 Преднацрта, чл. 376 Скице и чл. 452 ЗОО. У погледу правила о отпуштању дуга или опроштају, упор. чл. 391 Преднацрта, чл. 298 Скице и чл. 344 ЗОО.

2.2.5. Примање неке имовинске целине

Када на једно лице по основу уговора пређе каква имовинска целина, оно по самом закону приступа дуговима који се на ту целину односе. То значи да се обавезе првобитног дужника, то јест претходног имаоца, не гасе, већ он одговара солидарно са приступиоцем. До приступања дуговима долази на основу самог закона, а поводом уговора на основу којег имовинска целина прелази с једног на друго лице. Другим речима, овде није реч о уговору о приступању дугу који у српском праву иначе закључују поверилац и лице које дугу приступа, него о законском приступању дуговима до којег долази када једно лице стекне какву имовинску целину по основу уговора.

Одговорност лица које је примило одређену имовинску целину ограничена је тако да не може прећи вредност њене активе. Уговорна одредба којом се искључује или ограничава та одговорност не производи правна дејства према повериоцима.[82] Врховни суд Србије сматрао је да за постојање и обим одговорности новог имаоца неке имовинске целине за дугове који су везани за примљену целину, није од значаја питање да ли је до примања имовинске целине дошло по основу теретног или доброчиног уговора. Основ одговорности новог имаоца лежи у томе што он по закону приступа дуговима који су везани за примљену имовинску целину. С тим у вези, савесност старог или новог имаоца нема никакав правни значај. Повериоци не треба да сносе ризик дужниковог незнања о томе да примање имовинске целине подразумева и пренос дугова, да тих дугова има и колико они износе.[83]

2.2.6. Преузимање испуњења

Установа преузимања испуњења нема за последицу промену дужника, нити било какву промену на пасивној страни у облигационом односу. Преузимање испуњења врши се уговором између дужника и трећег лица, које се дужнику обвезује да испуни његову обавезу према повериоцу. До преузимања испуњења долази поводом постојећег облигационог односа између повериоца и дужника. Међутим, преузимањем испуњења треће лице не преузима дужников дуг, нити приступа том дугу. Поверилац нема никакво право према лицу које је на себе преузело испуњење туђег дуга. То лице одговорно је искључиво дужнику ако благовремено не испуни обавезу повериоцу, па овај затражи испуњење од дужника.[84]

---

[82] Упор. чл. 452, ЗОО.

[83] Упор. Решење Врховног суда Србије Рев. 460/02 од 15. јануара 2003. године, *Мега збирка*, 150.

[84] Члан 453, ЗОО. Упор. Решење Врховног суда Србије Рев. 558/97 од 29. октобра 1997. године, *Мега збирка*, 156 157, Пресуда Врховног суда Србије Рев. 424/97 од 18. новембра 1997. године, *Мега збирка*, 156.

До преузимања испуњења долази када се трећи обавеже према дужнику да ће испунити његову обавезу према његовом повериоцу. Поред тога, уговор о преузимању дуга има дејства уговора о преузимању испуњења за време док поверилац не да свој пристанак на преузимање дуга. На крају, до преузимања испуњења долази када се дужник и треће лице сагласе да трећи ступи на место дужника а да се обавеза дужника угаси, па поверилац одбије да на то пристане.

3. ЗАКЉУЧАК

До промене субјекта једног облигационог односа, било на активној било на пасивној страни, долази када на место тог субјекта ступи неко друго лице, али тако да сам облигациони однос остане исти, непромењен. У правним односима међу живима, до промене повериоца у облигационом односу може да дође путем уступања уговора, цесије (уступање потраживања уговором) и персоналне суброгације у ужем смислу (исплата са суброгацијом). Ова потоња заснива се на закону или на уговору између повериоца и испуниоца, односно између дужника и испуниоца. До промене дужника долази уступањем уговора и преузимањем дуга. Промена субјеката у облигационом односу остварује се на одређени начин и у случају асигнације.

У римском праву промена дужника била је могућа само путем новације. Историјски развој промене дужника као самосталне установе био је дуг и напоран. У многим европским правним системима данас постоје посебне законске одредбе о промени дужника, као засебној установи која се јасно разликује од новације. У другим правним системима Европе промена дужника још увек се разуме као облик новације.

Српски Закон о облигационим односима садржи посебан одељак који носи наслов *Промена дужника*. Правила смештена под овим насловом груписана су у три целине: преузимање дуга, приступање дугу и преузимање испуњења. Ипак, једино преузимање дуга строго узев представља промену дужника. Приступање дугу не доводи до промене дужника, него до повећања броја субјеката на дужничкој страни. Преузимање испуњења не изазива промену на пасивној страни у облигационом односу, него ствара обавезу трећег лица према дужнику, а поводом обавезе коју дужник има према повериоцу.

Европска правна теорија дуго се мучила да заснује промену дужника као самосталан правни институт. У том напору настало је неколико теоријских категорија. Ако уговор о промени дужника

закључе поверилац и треће лице, онда је реч о екстерној промени дужника. Ако такав уговор закључе дужник и преузималац, онда је у питању интерна промена дужника. Промена дужника је неправа, тј. кумулативна, ако на тај начин поверилац стиче још једног дужника уз оног којег већ има, односно права, тј. транслативна или ослобађајућа, ако се њоме гаси обавеза пређашњег дужника. У вези с том четворном таксономијом, домаћи законодавац је, по угледу на Скицу, одабрао изразе који добро преносе суштину појединих института. Тако, преузимање дуга означава интерну транслативну промену дужника, док приступање дугу служи као прикладан назив за екстерну кумулативну промену дужника. У српском праву нема посебних законских одредаба о уговору о приступању дугу који закључују дужник и треће лице, као ни одредаба о преузимању дуга који закључују поверилац и трећи. Оба уговора могу се закључити у складу с начелом слободе уговарања, под условима о којима је било речи у овом раду.

Dr. Marija Karanikić Mirić

Assistant Professor
University of Belgrade Faculty of Law

SUBSTITUTION OF DEBTOR

Summary

Substitution of a party to the obligation – either a debtor or a creditor – means that another person steps into the position of such party, but in a way that the obligation does not change its identity. In Serbian law, in legal relations *inter vivos*, the creditor may be changed by means of (1) transfer of a contract as a whole; (2) assignment of a claim (cession); and (3) personal subrogation (payment with subrogation), which may be either statutory or based on a contract. The change of the debtor may happen within a wider scheme of (1) transfer of a contract as a whole; and as (2) substitution of a debtor, based on a contract.

A contract for substitution of the debtor which is concluded by the creditor and a third party represents an external substitution (*la reprise de dette externe*). On the other side, if such legal consequence derives from a contract concluded by the debtor and a third party, it should be called an internal substitution (*la reprise de dette interne*). Substitution of the debtor which completely terminates the obligation of an initial debtor and gives rise to the obligation of the third party, represents a translative (or perfect, or privative) substitution. Conversely, substitution which means

that a third party steps into the debt beside the initial debtor, should be recognized as a cumulative substitution.

Serbian law of obligations contains special provisions relating to the internal translative substitution, as well as the provisions on external cumulative substitution of a debtor. There are no special statutory rules on cumulative substitution of a debtor on the basis of contract between the very debtor and the third party. However, this type of agreement may be concluded in accordance with the general principle of freedom of contract. The rules on stipulation for the benefit of a third party should apply here, *mutatis mutandis*. In addition, Serbian law does not contain any statutory provisions relating to translative external substitution of debtor. Still, the creditor and the third party may conclude such a contract freely, though its legal effects would be conditional upon the acceptance of the debtor, as under Serbian law the debtor may not be released from obligations without his consent.

Key words: *Internal and external substitution of debtor*. – *Translative (privative) and cumulative substitution of debtor*.

УДК 347.447.62

Мр Владимир Вулетић

асистент Правног факултета Универзитета у Београду

ОД *BONA FIDES* ДО НАЧЕЛА САВЕСНОСТИ И ПОШТЕЊА*

Предмет овог текста је развој и утицај римског начела bona fides, схваћеног као начело савесности и поштења.

У првом реду циљ је да се истражи настанак појма, његов развој у Риму и примена на уговор о продаји, као најважнији уговор облигационог права. Упркос преовлађујућим мишљењима која ово начело посматрају донекле издвојено у односу на заштиту права купца у класичном римском праву, сумњајући у његов допринос, аутор настоји да понуди један нови поглед на улогу и значај римске bona fides у анализи овог проблема.

Римски концепт, оснажен идејама грчких философа, прихваћен је од средњовековних правника, који су га додатно развијали и утицали на његову примену у свим облигационим пословима.

Модерни европски грађански законици су претежно усвојили римски концепт, што је, у савременим расправама, допринело да се римска bona fides поистовећује с англосаксонским концептом good faith.

Улога, допринос и примена римског концепта анализирана је кроз упоредни приказ савремених европских правних система и најважнијих докумената Европске уније којима се покушава остварити идеја јединственог европског приватног права.

Кључне речи: *Bona fides. Уговор о продаји. Средњовековно право. Good faith. Европско приватно право.*

* Овај рад је настао као резултат истраживања у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Београду „Развој правног система Србије и хармонизација с правом ЕУ (правни, економски, политички и социолошки аспекти)“.

1. УВОД

Нема много правних института који су прошли кроз толико различите фазе у развоју као што је случај са начелом *bona fides*. Ово правно начело, једно од најзначајнијих и најшире тумачених, не само у римском праву, него и у модерним грађанским законицима и позитивним европским правним системима, формулисано је претежно као начело савесности и поштења.[1]

Могло би се чак рећи да *bona fides* прожима својим духом читав систем облигационог права уопште, док код уговора о продаји заузима нарочито истакнуто место. Упркос богатој историји овог института, на нека важна питања до данас нису дати адекватни одговори. На који је начин *bona fides*, од римске установе која се односила само на неформалне *bonae fidei* уговоре и била утужива са *iudicia bonae fidei*, успела да постане опште правило, проширено на све правне послове? У којој мери Аристотелово учење има утицај на римске јуриспруденте и да ли је оно пресудно деловало на настанак ове установе? Да ли су и на који начин средњовековни правници, иначе склони уопштавању, допринели да се поље примене *bona fides* прошири и ван консензуалних контраката? Коначно, какав је допринос римске *bona fides* у формулисању и развоју начела савесности и поштења у модерном облигационом праву?

Покушајем давања могућих одговора на ова питања жели се истаћи значајан допринос римског класичног права и римског концепта купопродаје на нека од основних начела у облигационом праву данас. У том контексту, место начела савесности и поштења посматра се кроз оквир утицаја римске *bona fides* и улоге средњовековних правника.

2. *BONA FIDES* У РИМСКОМ ПРАВУ

У вези са пореклом појма *bona fides* постоји више мишљења познатих романиста и цивилиста. Термин је, дакако, кованица двеју речи: *bonus* (добар) и *fides* (вера, поштење), што би у дословном преводу могло да се означи као „добра вера“. Етимологијом овог појма баве се и данас правни историчари и цивилисти, који, већином, његово порекло доводе у везу с одређеним религијским, митским и

[1] Овакву формулацију усваја и наш Закон о облигационим односима у својим основним начелима: „У заснивању облигационих односа и остваривању пра ва и обавеза из тих односа, стране су дужне да се придржавају начела савесности и поштења“, Закон о облигационим односима (ЗОО), чл. 12, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93.

симболичким обележјима старог Рима.[2] Међутим, ту настају проблеми.

Bona fides током римске историје доживљава значајне промене, како у свом значењу, тако и у тумачењу, што је превасходна заслуга јуриспридената, магистрата и променама територијалне и друштвене структуре државе.

У свим фазама њеног развоја доминирала је једна идеја: ово начело представља поштовање савесности, морала, добрих обичаја, култа предака, исконског поштења које је, чини се, много важније Римљанима, него ли осталим народима у окружењу.[3]

Првобитни утицај начела *bona fides* на Римљане последица је, пре свега, величине тржишта на којем су се обављали правни послови. Омањи град-држава, с почетка развоја, Рим на седам бежуљака, затворена кућна привреда, лично познавање учесника у правном промету, снага дате речи чијим се непоштовањем ризикује гнев богова, вређа култ предака и презрење заједнице које неминовно доводи и до *aquae et ignis interdictio*, били су, довољан разлог да се Римљани строго придржавају савесности и поштења, добре вере у правним пословима. Уосталом, апстрактност правних послова у овом периоду толико је омогућавала простора злоупотребама, да не би ни могли да опстану без увређене свести о поштовању *bona fides.*[4]

Основна идеја еквиваленције у пословним односима, што је централно поље деловања начела *bona fides* у сфери приватног права, позната је већ старим Грцима. Аристотел, разматрајући ово питање у IV веку пре Хр., истиче да странке у пословном промету морају бити једнаке, да се нико не богати на штету другога, а правично је средина између добитка и губитка, тј. да се после има исто колико се имало и пре.[5]

---

[2] О томе детаљно пише професор Хорват, истичући да се у раном римском периоду јасно уочавају друштвени односи који се заснивају на доброј вери. Повреда тако уобличеног правила понашања изазива симобличке и религијске санкције (пре зир околине, гнев богова). Вид. M. Horvat, *Bona fides u razvoju rimskog obveznog pra va*, Zagreb 1939, 20 и даље. У новије време овим питањем се баве и М. Милошевић, *Римско право*, Београд 2009, 68; Ž. Bujuklić, *Forum Romanum Rimska država, pravo, religija, mitovi*, Beograd 2006, 161; Н. Тешић, „О каузи и доброј вери (један правно етимолошки оглед)“, *Правни живот*, 1 2/2010.

[3] Грчки историчар Полибије, у II веку, с дивљењем истиче да ће Грк, ако да реч пред десет сведока, ипак избећи да је одржи: реч је Римљанима, напротив, и без сведока, за њих закон (М. Милошевић, 68).

[4] Вид. више D. Stojčević, *Rimsko privatno pravo*, Beograd 1975, 190.

[5] *„...Важно је само да се утврди да један неправду трпи, а други је наноси, да је један оштетио а други је на штети. Зато судија настоји да такву неправед ност која се оглушује о једнакост изједначи. Судија поново успоставља једнакост када би од већег дела дужи пресечен на једнаке делове, одузео онолико колико је*

У својој *Реторици*, Аристотел тврди:

> *Очигледно је да, уколико писани закон противуречи нашем случају, треба прибегавати општем закону који је сагласнији са правичношћу и правдом, с образложењем да суд ска формула, судити по својем најбољем разумевању, значи да се не ваља придржавати само писаних закона.*[6]
>
> *Надаље, указивати да је улога судије да дели правду и, доследно томе, да није његово да гледа слово уговора, већ оно што је праведније, а праведно се не може измерити ни према ром ни принудом (јер се темељи на природи), док се, супротно томе, уговори могу засниивати на превари и принуди.*[7]

Премда су ове Аристотелове мисли сувише теоријске и далеко од конкретних случајева у којим се налазе учесници у правном промету, основна идеја је далекосежна. Задатак судије (па тако и сваког правника) је да поштује правичност и правду, да не буде само пуки извршитељ слова закона, поготову онда када закон није у складу са правичношћу и поштењем. Тада ваља пресуђивати по својем најбољем разумевању, не осврћући се на слово закона. Већ у овој Аристотеловој мисли види се ембрион идеје коју ће Римљани касније уврстити у правила о заштити друге уговорне стране клаузулом *quid quid dare facere oportet ex fide bona*.

Римљани, чини се, на један конкретан и казуистички начин, идеју савесности и поштења постављају у средиште проучавања правног промета. Тако Цицерон разматра питање савесног и поштеног понашања у правним пословима, с посебним освртом на уговор о продаји.

У делу *De Officiis* наводи пример трговца који је путовао, носећи товар жита од Александрије до острва Родос, на којем је тада владала глад. Искористивши свој брзи брод, трговац је претекао остале бродове који су такође пловили према Родосу и, стигавши доста пре њих, продао читав товар жита по много вишој цени.[8]

Како се може окарактерисати ово понашање трговца? Да ли је он поступио исправно или је био у обавези да најави долазак и оста-

---

тај део већи од половине и додао га мањем делу. Али, ако се целина дели између двојице, онда се за сваког од њих каже да је добио свој део ако је добио тачно половину. Једнако је, пак, према аритметичкој пропорцији, средина између превеликог и премалог. Добитком се назива прираштај добру које неко поседује. Претрпети губитак значи имати мање него што се пре тога имало. До тога долази приликом куповине и продаје, и уопште у свим правним пословима које закон дозвољава...“ Аристотел, *Никомахова етика* (превод Р. Шалабић), Нови Сад 2003, 1132а, 1132б.

[6] Аристотел, *Реторика* (превод М. Вишић), Загреб 1989, 1, 15, 4 (1375а)

[7] Аристотел, *Реторика*, 1, 15, 24 25 (1376б).

[8] Cicero, *De officiis*, Cambridge Univeristy Press 1991, 3. 12. 50.

лих бродова, чиме би, свакако, своје жито продао по нижој цени? Цицерон, дајући одговор, нема дилему: такво понашање продавца је потпуно у супротности са начелом *bona fides* и оличење је лукаве, злонамерне и неморалне особе. Продавац, верује Цицерон, није смео прикривати чињенице које би утицале на цену продаје товара жита.[9] Опште узев, Цицерон закључује да човек мора добро да поступа, као међу добрим људима, и без обмањивања.[10]

Међутим, интересантно је уочити на који је начин сам термин *fides* проширен у тумачењу и примени на *bona fides*. Термин *fides* у текстовима римских правника претежно означава верност датој речи,[11] док се *bona fides* претежно користи да се потврди садржај закључених уговора. Верност сопственој речи предуслов је за сваки уговорни однос и стога га Цицерон дефинише као *fundamentum iustitiae*.[12] У овом поређењу *bona fides* не представља само извршење уговора, него, кроз захтев да стране поступају поштено, утиче на начин на који би странке требале да извршавају уговор.

Шермајер (*Schermaier*) покушава да развој термина *fides* веже за паралелу коју повлачи са потчињавањем римској доминацији оних који се предају и тиме обавезују према новом освајачу.[13]

Можда би, ипак, најпожељније тумачење контекста речи *fides* у ширењу на *bona fides* могло бити прихватање синтагме *fiat, quod dictum est*,[14] као правне исnпирације за настанак *iudicia bonae fidei*. Квалификација *fides* као *bona fides*, чини се, наглашава суштинску специфичност тог стандарда понашања: то је *bene agere* римског грађанина, који поступа савесно, брижљиво и мудро, поштујући и интерес друге уговорне стране, односно поступа као *bonus vir*. Тако је у уговору о продаји *bonus vir* онај ко савесно, независно, имајући

9 *Ibid.*

10 *Ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione,* Cicero, *De oficiis*, 3, 70.

11 Cicero, 1, 23: *credamus...quia fiat, quod dictum est, appellatam fides.* Исти смисао и у 3, 102. Исто филолошко тумачење нуди и Мејер (Meyer). Вид. више: R. Meyer, *Bona Fides und Lex Mercatoria in der Europäischen Rechttradition*, Göttingen 2004, 48 51.

12 *Fundamentum autem est iustitiae fides, id est dictorum conventorumque con stantia et veritas*, Cicero, *De oficiis*, 1. 23.

13 Шермајер истиче да је *fides* у међународним споразумима, чуваним у хра му посвећеном богињи *Fides*, изграђеном средином III века, наглашен такође као „поступање у складу са датим речима“. Тако он изједначава *fides* римског освајача с онима који су се ставили под заштиту таквог *fides* а: и онај који се предаје у обавези је према освајачу, па је и ова обавеза заснована на основу дате речи, M. J. Scher maier, „Bona Fides in Roman Contract Law“, *Good Faith in European Contract Law* (ed. R. Zimmermann, S. Whittaker), Cambridge 2000, 78 79.

14 Cicero, *De oficiis,* 1. 23.

у виду интересе обе уговорне стране, доноси одговарајућу пресуду засновану на савесности и поштењу.[15]

Простор за доношење оваквих пресуда, шире тумачење појма *fides* и његово претварање у *bona fides*, омогућен је променама у државној и друштвеној структури Рима. Оне су, неминовно, извршиле промене у обиму, садржини и структури правних послова и тржишне привреде која се почела стварати у класичном периоду. Те промене су условиле и значајно другачија тумачења римских правника, а омогућиле су и деловање магистрата, у првом реду претора да, како то Папинијан истиче, измени, допуни и промени старо *ius civile* за свачије добро и корист.[16]

Перегрински претор (магистратура уведена 242. године пре Хр.), који је решавао спорове између римских грађана и перегрина, као и перегрина који су припадали различитим народима, имајући далеко већу слободу при одлучивању, није био везан решењима старог *ius civile*-а. Полазио је од принципа да се странке у правним пословима морају понашати савесно и поштено, па странка која се оглушила о овај захтев, треба да буде на одговарајући начин кажњена.

У новим околностима у којима је тржиште далеко проширено, када слаби страх од одмазде богова због прекршаја дате речи, када се уговорне странке више уопште и не познају, чак се, можда, при закључивању уговора први и последњи пут виде, када опасност од презрења заједнице више није ни изблиза тако јака као у старом праву, неформалним уговорима ваљало је обезбедити одговарајућу правну санкцију, опет темељену на савесности и поштењу. У основи, *bona fides* није престала да буде значајан елемент поступања уговорних странака. Једноставно, морао је бити на одговарајући начин „правно институционализован“.

Странке су се сада чешће обраћале јурисправдентима, тражећи од њих одговоре и савете како да заштите своје интересе и, у том деловању учених правника, може се потражити додатни аргумент постепеног увођења начела *bona fides* у правни поредак, тако што ће на основу ових начела настати право оштећене странке да тражи заштиту. Јурисправденти су овлашћени на основу *ius publice respondendi ex auctoritate principis* да процењују шта у конкретном случају означава *bona fides*, па су у својим одговорима (*responsa prudentium*) санкционисали долозно и преварно понашање уговорних страна.

Поље најзначајнијег деловања начела *bona fides* свакако су *bonae fidei* неформални уговори, у првом реду уговор о продаји. За-

[15] D. *19. 2. 24 (Paulus libro 34 ad edictum*): *...nam fides bona exigit, ut arbitrium tale praestetur, quale viro bono convenit.*

[16] D. *1.1.7.1(Papinianus libro secundo definitionum): „Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel suplendi cel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam.“*

штита права купца најбоље се осликава у правном положају обе уговорне стране, кроз уговарање одговарајуће цене и делатности правника у вези с овим проблемом, о чему ће надаље бити више речи.

Уговор о продаји, као типичан консензуални контракт, у класичном периоду омогућавао је странкама да саме одреде цену. При том су била могућа тзв. заобилажења истине *invicem se circumsribere* која, у основи, нису била ни ретка ни неуобичајена. Наиме, делује природно да у преговорима око куповне цене продавац тежи да ствар прода што скупље, а купац да за ствар дá што мање новца.

„Ситнија заобилажења истине" нису представљала посебан проблем ни за једну од уговорних страна.[17] Међутим, поставља се питање има ли преваре у случају да ситно постане крупно заобилажење истине, тачније, да купац буде прекомерно оштећен плаћајући неку ствар много скупље него што она заиста вреди, а то је учинио услед лукавог и долозног понашања продавца.

Појам *invicem se circumsribere* помињу Дигеста:

> *Idem Pomponius ait in pretio emptionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire.*[18]

> *Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est quod pluris sit minoris emere, quod minoris sit pluris vendere et ita invicem se circumscribere, ita in locationibus quoque et conductionbus iuris est.*[19]

Да ли је овде реч о класичној превари? Може ли се овај појам подвести под значење преваре, упркос чињеници да је правнотехнички појам за превару *dolus*, односно *fraus*? Неки класични правници их изједначавају,[20] други одричу ово изједначавање.[21]

Маријан Хорват сматра да се не могу изједначити ова два појма, да се *circumvenire* не може подвести под *dolus.*[22] Према Хорвату, не може се долозно окарактерисати понашање странке које тежи да за

---

[17] О. Станојевић, *Римско право*, Београд 2003, 370.

[18] D. *4.4.16.4 (Ulpianus libro 11 ad edictum).*

[19] D. *19.2.22.3 (Paulus libro 34 ad edictum).*

[20] Тако чини Лабеон у својој дефиницији *dolus* а: D. *4.3.1.2 (Ulpianus libro 11 ad edictum)*

[21] Тако чини Павле: D. *17.2.3.3 (Paulus libro 32 ad edictum).*

[22] „Прије свега, тај *circumscribere* ограничава се само на формирање висине цијене, а не односи се на евентуалне правне и физичке скривене мане због којих се цијена евентуално указује неадекватном. Надаље, „природа промета робом", вриједност одређена потребама (субјективна вриједност) и дјеловање закона понуде и потражње на римском либералистичком тржишту били су одлучни за формирање цијена и на тој бази долази до могућности да се ствар продаје и купује изнад или испод њене објективне вриједности, дакле да долази до несразмјера објективне вриједности и цијене, иако су субјективно обје странке с тиме задовољне", М.

себе извуче корист из уговора и негира да је странка код уговора о продаји дужна радити против својих интереса у корист друге странке, која је евентуално у незнању.[23]

У прилог својој тези, он наводи и мишљења неких класичних правника (Диоген Вавилоњанин), иако истовремено признаје да има правника који се са тим не слажу (Цицерон, Стоик Антипатер). То му омогућава да закључи да је „нормално да се код продаје зарађује и да несразмер цена, уколико се не ради о правој превари, класични правници сматрају дозвољеним и нормалним".[24]

Чини се да би се Хорватов закључак могао додатно проблематизовати. Прво, овај уважени романиста пренебрегава чињеницу коју и сам признаје: не влада потпуно сагласје међу класичним римским правницима у вези с карактером *circumsrciptio*. Делује да зато, можда олако, изводи закључак није реч о преварном понашању. Друго, за тренутак се ваља задржати на термину који Хорват користи: уколико се не ради о *правој* превари..." (подвукао В. В.). И он, изгледа, прихвата могућност да несразмер цена буде проблематичан за купца, међутим, не санкционише га уколико није реч о правој превари. Ова могућност је, чини се, довољна да се постави питање има ли ситуација у којима та могућност постаје реалност? С друге стране, треба проблематизовати каква је то „права превара"?

Да ли је ту реч о већој несразмери или о долознијем поступању продавца, односно да ли је критеријум обим несразмере или обим одсуства *bona fides*? Чини се да би ипак могао да се понуди нешто другачији став који не би тако искључиво негирао *circumsrciptio* као превару.

Иако цитирани Павлов став о уобичајеном понашању којим се покушава продати мање вредна ствар за више новца то не третира као преварно понашање, иако се либерално тржиште Рима често сусретало са оваквим ситуацијама, закључити да римско класично право не поставља захтев за правичном ценом, савесношћу и поштењем, делује, ипак, једнострано.

Наведеним текстовима и ставовима, могу се супротставити Помпонијеви одломци:

Horvat, „*Circumsriptio* i *bona fides* kod kupnje", *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Wroclawskiego, Zeszitynakove, Nauki spoleczne*, A, 34, Warsawa Wroclaw 1961, 33.

[23] Хорват полемише и с Цицероном, односно његовим наведеним примером трговца који продаје свој товар жита на Родосу, не обавештавајући становнике да се острву приближавају и остале лађе. При том недвосмислено критикује Цицеронов став по којем је продавац жита био дужан да обавести о доласку осталих лађа, сматрајући да Цицерон има на уму етички идеал *bonus vir*, а да правници ипак оперишу са појмом *sapiens vir* односно онај који штити своје интересе, M. Horvat, 83 и даље.

[24] *Ibid.*

Iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimendo et iniuria fieri locupletiorem.[25]

Pretia rerum non ex affectu nec utilitate singulorum, sed communiter funguntur...[26]

Види се да Помпоније инсистира на томе да нико не треба да се обогати на штети и неправди учињеној другоме и да се цена ствари не одређује на основу наклоности или корисности за појединца, него уопштено. Може се, стога, поставити питање има ли смисла претпоставити како ни класично римско право није потпуно неограничено, либерално поставило правила о *circumsrcibere*, да је већ у овом периоду било интервенција које ће штитити купца од преварних радњи продавца, невезано за обим или степен несразмере цене или његове долозности?

Мишљење које се у овом раду истиче охрабрено је ставом Цимермана који наводи да либерализам класичног периода није неограничен. Подређен је строгим моралним схватањима ауторитативног патерфамилијаса, који је био свестан да, поред својих интереса, има обавезу да води рачуна и о слабијим, сиромашнијим припадницима своје заједнице.[27]

Дакле, наслућује се да је ипак у одређеним случајевима либерализам тржишта морао да устукне пред захтевом да се мора поступати савесно и поштено, да неке радње продаваца ипак нису могле бити карактерисане само као ситно заобилажење истине, да *circumscriptio*, у одређеним ситуацијама, може да значи и превару. Међутим, које су то ситуације? Како повући границу између дозвољене и недозвољене преваре?

Иако се уобичајено сматра да је морал строжи од права, да није све што је допуштено уједно и часно,[28] превара се у продајним уговорима процењује с правног, а не с моралног аспекта. Постоје случајеви када јавни поредак интервенише у заштити слабије уговорне стране: заштиту ужива лице млађе од 25 година (*minor*) уко-

[25] D. *50.17.206 (Pomponius libro nono ex variis lectionibus).*

[26] D. *35.2.63 (Paulus libro secundo ad legem Iuliam et Papiam).*

[27] R. Zimmermann, 256. На ово мишљење Цимермана надовезује се и Магдолна Сич, која истиче да, с обзиром на то да се на строга морална схватања *bonus pater familiasa* није могло више рачунати од времена када се трговина проширила на об ласт Медитерана (друга половина периода Републике), претор је морални принцип савесности и поштења санкционисањем претворио и у правни принцип. Према томе, слободи уговарања цене, самим тим и *circumscriptio*, биле су постављене не само моралне, него и правне границе, М. Сич, „Правична цена (*pretium iustum*) и њена примена током историје“, *Зборник Матице српске за друштвене науке*, 120/2006, 204.

[28] D. *50.17.144 (Paulus libro 62 ad edictum): Non omne quod licet honestum est“.*

лико је уговор за њега неповољан због знатне несразмере између вредности ствари и цене и, мада се не ради о превари, може захтевати повраћај у пређашње стање из разлога незрелости (*restitutio in integrum ob aetatem*).[29] Ливије спомиње едиле који су 299. године пре Хр. енергично спречили подизање цене жита намењеног подели сиромашним грађанима (*cura annonae*).[30] Поред тога, Улпијан наводи закон *Lex Iulia de annona* којим су била забрањена удружења чији је циљ био подизање цене жита.[31]

Међутим, све су ово примери интервенционизма државе више у сфери јавног, него приватног права. Значи ли то да интервенција у приватноправним односима није било? На ово питање треба, изгледа, дати негативан одговор односно истаћи да су и у приватним односима постојале околности које су захтевале правно санкционисање. Те околности биле би превасходно, чини се, злонамерно навођење купца на закључивање за њега неповољног уговора и прикривање физичких мана ствари.

То је, треба истаћи, граница, од које ситна превара постаје крупна, околност која заслужује заштиту купчевих права. То је, уосталом, а надаље ће анализа покушати да докаже, основ којим се римска класична јурипруденција руководила стварајући своју (р)еволуционарну клаузулу – *quidquid dare facere oportet ex fide bona*.

У вези с овом клаузулом важно је дати одговор на два питања: како и зашто? Може се почети од оног мање спорног, односно треба се позабавити постепеним начином претварања *iudicia stricta* у *iudicia bonae fidei.*[32]

Облигационе обавезе су утуживе у Риму посебном групом тужби – *actiones in personam.*[33] С обзиром на то да су ово тужбе које је предвиђало *ius civile*, њихове формуле засноване су на праву (*in ius conceptae)*, па се дужничка обавеза изражава у формули терми-

29 D. *4.4.9 (Ulpianus libro 11 ad edictum).*

30 D. *48.12.1. (Ulpianus libro nono de officio proconsulis).*

31 D. *48.12.2. (Ulpianus libro nono de officio proconsulis).*

32 Има различитих ставова у вези с временом настанка *iudicia bonae fidei*. Мејер верује да је то време Цицерона и његовог дела *De officiis* (R. Meyer, 77). Шермајер одбацује овај став и временски оквир смешта у другу половину II века пре Хр. (M. J. Schermaier, 75.). Има и аутора који се опредељују за III век пре Хр. (K. Zweigert, H. Kötz, 116; A. Watson, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford Clarendon Press 1965, 52).

33 Има мишљења да су поступци *in personam*, по својој структури, облици формализоване и контролисане освете, јер су у Риму, попут других народа, први предмет процесне заштите били деликти (вероватно *iniuria* и *furtum*), да би касније правни послови добили заштиту тако што се неизвршење обавезе схвата као деликт, М. Милошевић, 197, фн. 74.

ном *oportere*,[34] а сам садржај његове обавезе термином *dare*, уколико је реч о преносу одређеног права односно *dare facere*[35] у осталим случајевима.

Приметно је да је у оба наведена случаја, било да је реч о одређеном или неодређеном тужиочевом захтеву, судија у врло стешњеном маневарском простору. Наиме, чињеница да он није у прилици да се обазире на наводе туженог, него да само испитује формалну исправност тужиочевог захтева, омогућавала је да долозно понашање једне стране тријумфује у односу на номинално позивање на *bona fides* у свим правним пословима.

Занимљива је, на пример, ситуација у којој продавац тужи купца којем је продао болесног коња или долозно учинио било какву другу превару приликом продаје. Купац, тужени, покушава судији да укаже на те додатне, али изузетно важне околности, које би могле битно да утичу да његову одлуку. Међутим, судија на то не обраћа пажњу, оцењујући само да ли су сви елементи формуле исправно попуњени и да ли постоји формална оправданост тужиочевог захтева. Ту ће оправданост судија, несумњиво, утврдити али, истовремено, његова пресуда, изразом модерне терминологије, иако легална, није и легитимна.[36]

Пре свега делатношћу старих правника (*veteres*),[37] у интенцији формуле судија сада бива упућен да суди тако да процени све оно што тужени дугује на основу добре вере – *quidquid dare facere oportet ex fide bona*. Ово је револуционарни тренутак и у заштити права купца. Проширење интенције формуле клаузулом *ex fide bona* омогућава судији да, приликом одређивања пресуде,[38] води рачуна о наводи-

34 *Dare oportere* је већ раније компонента *legis actio sacramento in rem*, M. J. Schermaier, 73.

35 Ово се односи на експлицитну обавезу туженог. Он је мора извршити јер је по закону обавезан на то. Како Вијакер (*Wieacker*) каже: „Подношење правног захтева тужиоца ритуалним изговарањем формуле, сада је преформулисано у објективно формулисан основ за доношење одлуке магистрата", F. Wieacker, *Römische Rechtge schichte: Quellenkunde, Rechtsbildung, Jurisprudenz und Rechtsliteratur*, München 1988, 102.

36 Вреди, међутим, напоменути да то свакако не би била консензуална продаја.

37 Израз *veteres* представљао је назив за старе правнике који су делова ли пре краја републике, и који су, у знак великог поштовања, називани *стари* од стране јуриспрудената класичног периода. Вид. О. Станојевић, *Gaius noster (прилог историји римске правне науке)*, Београд 1976 и исти, „О Гајевом делу *Rerum cot tidianarum sive aureorum libri VII*", *Анали Правног факултета у Београду* 1 4/1983, 639 651.

38 *Iudicia bonae fidei*, следствено овоме, представља битно обележје у исто ријској еволуцији од поступка *legis actio sacramento* до когниционог поступка. Шермајер истиче да је најважнији моменат сједињавање начела *bona fides* са форму

ма купца као туженог, који могу битно утицати на исход суђења.[39] Он је сада слободан да самостално размотри тужбени захтев и да процени, у складу са добром вером, да ли је и у коликој мери само потраживање засновано.[40] У овом смислу *officium* судије је проширен од пуког примењивања чињеница из формуле на процену оправданости тих чињеница *ex fide bona*.

Поставља се питање: уколико *circumscribere* није представљао било какву превару или само ситну која не подлеже правном санкционисању (за шта се неки аутори залажу), уколико је прихватан либерализам тржишта, а самим тим и потпуно слободно закључивање уговора о продаји, зашто је уопште постојала потреба да се уводи једна нова клаузула у формулу која је толико променила положај оштећене и преварене стране?

Није ли могуће да су римски правници, управо сагледавајући честе случајеве најразличитијих превара, од којих су, вероватно, најбројније биле оне код уговора о продаји, као најважнијег и најраспрострањенијег, дошли на револуционарну идеју увођења клаузуле *ex fide bona?* Да су ситне преваре биле увек само ситне, тешко би се, чини се, појавила свест о потреби заштите преварене стране. Делује, стога, могуће да, поред реакција државе на јавноправном пољу, ово бива одговор претора и јуриспруденције у приватноправним односима, чиме није умањен дотадашњи либерализам у закључивању правних послова, нити је тржиште, историјски је већ показано, трпело било какве последице.

Чини се да је ова клаузула не само револуционарна, него и еволуциона, с обзиром на то да од њеног увођења почиње потпуно другачији, за важан степеник виши обим заштите права оштећене стране, у нашем случају, купца. После њеног увођења, у појму за-

---

лом, и њихово интегрисање у законску процедуру. Резултат је проширење овлашћења судије, M. J. Schermaier, 76.

[39] Инсистирањем на позивању на *fidem bonam*, судија сада не узима у обзир само изричите додатке странака формули, тумачећи их строго према употребљеним изразима и речима, него и све евентуалне долозне радње или преваре на које му може указати тужени да их тужилац починио. То ће у великој мери судијску одлуку учинити веродостојнијом (R. Meyer, 126). У истом смислу Хорват и Цимерман Витакер: Судија може да прихвати све додатне споразуме странака (*pacta adiecta*), може уважити свако преварно и непоштено поступање странака, па се тужени могао позивати пред судијом на тужиочев *dolus*, макар у формули није предвиђен *exceptio doli (doli exceptio bonae fidei iudiciis inest).* Судија и без приговора уважава силу и принуду као основе који могу одбити тужиочев захтев, М. Хорват, 40; R. Zimmer mann, S. Whittaker, 49.

[40] Иако је везан формулом коју претор издаје, судији клаузула *ex fide bona* омогућава да обликује суштински садржај формуле. Тиме је омогућено да се смекшају стари, крути, формализовани поступци да би се постигли праведнији резултати, M. J. Schermaier, 76.

штите преварене стране више ништа није као раније. До тада етички, морални кодекс понашања приликом закључивања правних послова, постао је правни институт[41] који је и даље живо развијан делатношћу јуриспрудената.

Судије-лаици у начелу нису били у могућности да примењују клаузулу на конкретне случајеве, па су помоћ и савете тражили од учених правника, чија ће делатност у овом сегменту развоја права бити незаобилазна. *Iudicia bonae fidei* су на тај начин омогућили најшири оквир деловања класичне римске јуриспруденције, која је различита несавесна понашања продаваца санкционисала као *mala fides* активност, што је сада судија, по службеној дужности, био дужан да узме у обзир.

Претходна излагања била су усмерена на истицање услова и ситуација под којима је купац имао могућност да заштити своја права, на основу старог цивилног, а касније и права курулских едила. Начело *bona fides* у овој заштити игра веома значајну улогу, која опредељује утицај јуриспруденције на рад судија, и, још више, тумачење духа правичности, који се, понекад, разликује од случаја до случаја. Доследно поштовање клаузуле *ex fide bona*, вреди подсетити, може изазвати исте или веће неправде него ли њено потпуно одсуство. Зато је судија, а најпре учени правник који и саветује судију-лаика, тај који мора имати истанчан осећај за добро и правично, као Цицеронов *bonus vir* у свим правним ситуацијама.

3. СРЕДЊОВЕКОВНИ КОНЦЕПТ

На темељу решења класичног права које је усвојио и Јустинијан, средњовековни правници развијали су теорије о значају и примени *bona fides*. Школе глосатора и коменататора су се посебно истицале у овој делатности. Коментатори су оријентисани према пракси. Одсуство критичког сагледавања римског права и изразити догматизам ипак нису могли да у други план ставе доприносе ове школе. Римско право је, њиховом заслугом, постало правнички инструмент, систем правила и појмова који је могао бити примењен у свакој средини и ситуацији као опште право (*ius commune*).[42]

Као што ће се видети, једино је Балдо Убалди (*Baldus de Ubaldis*), припадник коментатора и последњи велики средњовековни правник, дао релативно кохерентну оцену значења и дефинисања

[41] Клаузула *quidquid dare facere oportet ex fide bona* односила се и на обавезе странака у компензацији. Судија је могао пребити и све захтеве туженог из истог правног посла (*ex eadem causa*), чак и уколико нису биле истоврсне (*ex eadem spe cie*). Начело *bona fides* не би дозволило да тужени своју обавезу мора да испуни у целини, уколико и сам има захтев из истог правног посла, R. Zimmermann, S. Whit taker, 52.

[42] М. Милошевић, 110.

ових термина. Међутим, и његов рад се углавном ослањао на идеје Аристотела и Томе Аквинског.

Правници пре Балда, било да су писали о римском или канонском праву, користили су *bona fides* да опишу три типа правног понашања које се очекује од уговорних страна: прво, свака страна била је у обавези да држи дату реч. Друго, једна страна не сме искоришћавати другу тако што ће је довести у заблуду или постављати превише строге услове пословања. Треће, свака страна треба да поштује обавезе које би препознала савесна и поштена особа, чак иако их изричито нису прихватили.[43]

Средњовековни правници су обавезу држања речи заснивали на римским текстовима. Као пример узет је Улпијанов фрагмент из Дигеста:

> *Huius edicti aequitas naturalis est, quid enim tam congruum fidei humanae quam ea que inter eos placuerunt servare*.[44]

Види се да је Улпијан повезао *fides*, у смислу држања дате речи, са природном правичношћу (*aequitas naturalis*), што је у складу са људском вером да поштују оно што су се међусобно договорили. Обавезе настале на основу консензуса или послова *ius gentium* су природне облигације за разлику од цивилних.[45]

У канонском праву, Грацијанов декрет садржао је два примера облигација за које се сматра да су биле обавезујуће, иако, према строгом тумачењу римског права, не би биле утуживе.[46] И декрети папе Гргура IX наводили су римски принцип да се уговори морају поштовати.[47]

Друга обавеза полазила је од начела да ниједна страна не треба да обмањује нити искоришћава другу страну. Текст, који се такође приписује Улпијану, и у овом случају је послужио као извор:

> *Venditor si, cum sciret deberi, servitutem celavit, non evadet ex empto actionem, si modo eam rem emptor ignoravit: omnia enim, quae contra bonam fidem fiunt, veniunt in empti actionem*.[48]

[43] J. Gordley, *Good faith in contract law in the medieval ius commune*, Oxford 2000, 94.

[44] D. *2.14.1 (Ulpianus libro quarto ad edictum).*

[45] Према римским правницима природна облигација је извршна, али не и утужива.

[46] Уколико се извођачу радова обећа накнада за посао који ће урадити за цркву, то обећање треба одржати. Исто важи и за случај када надбискуп обећа неко добро манастиру пре смрти. То обећање треба да испуни његов наследник *Glossa Ordinaria to Decretum Gratiani, 1595, Causa 12, Quaestio 2* (према J. Gordley, 98).

[47] *Decretales, 1.35.3: Aut inita pacta obtineant firmitatem, aut conventus, si se cohibuerat, ecclesiasticam senentiat disciplinam. dixerunt universi: pax servetur, pacta custodiantur* (према J. Gordley, 98).

[48] D. *19.1.1.1 (Ulpianus libro 28 ad Sabinum).*

Купцу је на располагању, у случају прикривања неких особина добра које се продаје, тужба *ex empto*. Исто решење предлажу и средњовековни правници.

> *Si venditor sciens obligatur aut alienum vendidisset et adiectum sit neue eo nomine quid praestaret, aestimari oportet dolum malum eius, quem semper abesse oportet in iudicio empti, quod bonae fidei sit*.[49]

У овом Помпонијевом тексту из Дигеста средњовековни правници истичу да, будући да је продаја контракт *bonae fidei*, не сме бити места долусу. Купац би, следствено овоме, имао право заштите уколико би му продавац несавесно продао имовину другог лица, истовременим прећуткивањем те околности. Савесност не трпи обману и превару, то је суштина ове поруке.

Глосатори су развили прву шему по којој се могу дефинисати несавесно понашање, превара и обмана. Они разликују две врсте преваре: „узрочну", која наводи лице на склапање уговора које иначе не би закључило, и „инциденталну", која наводи лице на закључење уговора по много неповољнијим условима. Као пример за узрочну превару помиње се случај продаје коња, при којој продавац може да прећути купцу како ће му коњ бити ускоро одузет (будући да продаје туђег коња, па је могућа евикција од стране правог власника), док би инцидентална била у случају када продавац истиче да коњ има мање година, како би га продао по вишој цени.[50]

Средства заштите за купца у овим случајевима су различита: ако је реч о узрочној превари, купац има право да раскине такав уговор, док код инциденталне преваре може захтевати сразмерно смањење цене.[51] Ово средњовековно решење подсећа на готово идентично решење римског класичног права и купчева правна средства *actio redhibitoria* и *actio quanti minoris aestimatoria*, само у другом контексту.

Имајући у виду ову околност, глосатори су се детаљније позабавили правима купца услед несавесног понашања продавца, у суштини први пут и дефинишући појам *laesio enormis*.[52] Више није спорно да ли цена треба да буде правична, него како ту правичност обезбедити из угла права купца.

Свети Тома Аквински, хришћански мислилац XIII века, који је поред Платоновог, био окренут и Аристотеловом учењу, полазећи од

---

49 D. *19.1.6.9 (Pomponius libro nono ad Sabinum).*

50 J. Baldwin, *The Medieval Theories of the Just Price*, Philadelphia 1959, 164.

51 *Ibid.*

52 R. Zimmermann, *The Law of Obligations Roman Foundations on Civilian Traditions*, Oxford University Press, Oxford 1995, 259.

Аристотеловог схватања да ниједна странка не сме да се богати на рачун друге,[53] формулисао је правно правило на основу римског класичног права да је скупље продати и јефтиније купити ствар од онога што она вреди, само по себи, неправедно и недозвољено:

Carius vendere aut vilius emere rem quam valeat, est secundum se injustum et illicitum.[54]

Према Аквинском, обећање треба држати због врлине оданости својој речи.

Хуго Гроције, оснивач школе природног права, имајући у виду не само хришћанске идеале, већ и античке принципе природног права, инспирисан је истом идејом. Он захтева потпуну једнакост давања:

In contractibus natura aequalitatem imperat, et ita quidem, ut ex inaequalitate iura oriatur minus habenti.[55]

Гроције, дакле, инсистира на томе да је у природи уговора једнакост, и то таква да се из неједнакости рађа право за оног ко има мање.

Паралела овим мислима Гроција може се пронаћи у Павловом тексту у Дигестама.[56] Такође, према декрету папе Гргура IX, ако је купац уговором о продаји преварен преко половине правичне цене, може захтевати од продавца, уколико жели да одржи уговор на снази, да му доплати до правичне цене.[57] Еквиваленција вредности није схватана у смислу да свака ствар има своју унутрашњу, суштинску и непроменљиву вредност, нити је правична цена везивана за трошкове производње ствари.[58]

Међу средњовековним правницима постојале су одређене дилеме по питању када ће купац имати право на заштиту, односно шта се може сматрати прекомерним оштећем услед несавесног понашања продавца. Тако Ацоне (*Azzo*) сматра да, ако је правична цена 10, купац ће бити прекомерно оштећен уколико је платио 16, јер је 6 више

---

53 Aristotel, *Nikomahova etika* (prevod R. Šalabalić), Novi Sad 2003, 21.

54 T. Akvinski, *Izabrano djelo* (izabrao, priredio i predgovor napisao T. Vereš), Zagreb 1985, 19 и даље

55 H. Grotius, *De iure belli ac pacis, 2.12.8* према М. Сич, 214.

56 *Quanti omnibus valeret D.35.2.63* (*Paulus libro secundo ad legem Iuliam et Papiam).*

57 *Decretales, 3.17.3* (према J. Gordley, 99).

58 Сич наводи да је различитост цене коју диктирају тржишна кретања прихватљива, изузев ако би она била уговорена искоришћавањем немарности, лакомислености, неискуства или друге сличне околности друге уговорне стране. Поред тога, правична цена може да одговара тржишној само онда ако нема јавноправних мера утврђивања цене или ако није диктирана од стране учесника у привреди који имају монополски положај нити је резултат картела, М. Сич, 215.

од половине од 10.[59] С друге стране, Плацентин и Мартин тврде другачије: уколико је правична цена ствари 10, купац мора платити чак и више од 20 да би се сматрало да је прекомерно оштећен и да би стекао право на заштиту.[60]

Ова расправа није окончана ни током XIII и XIV века. Бартол из Сасоферата (*Bartolus de Sassoferato*) је у великој мери проширио римски институт прекомерног оштећења, па га је применио и на покретности, чак и изван уговора о продаји, а купцу је дао право и на раскид уговора и пре него што покуша да га одржи на снази сразмерним смањењем цене.[61]

Током XVI века не постоји дилема око тога да купац има право заштите у случају прекомерног оштећења услед несавесног поступања продавца. Међутим, овако постављен приступ глосатора и коментатора, истиче Цимерман, ствара неправичан положај уговорних странака.[62]

Коначно, још једна обавеза уговорних страна, које су анализирали средњовековни правници пре Балда, била је везана за савесно понашање и добру веру у контексту свега онога што треба чинити при закључењу уговора, а што се може очекивати од савесне и поштене особе.

И у овом случају, темељ је пронађен у Дигестама:

> *Nihil magis bonae fidei congruit quam id praestari, quod inter contrahentes actum est. Quod si nihil convenit, hunc ea praestabuntur quae naturaliter insunt huius iudici potestate.*[63]

Тумачећи овај фрагмент, закључак је да ништа није толико у складу са добром вером као што је извршавање онога што су уговорне стране договориле. Уколико ништа није договорено, свако треба да извршава оно што је природно обухваћено у складу са судијском одлуком. Делује да су ове обавезе, у ствари, имплицирани услови закључења уговора, који се тумаче онда када стране ћуте.[64]

---

[59] Овај став је аргументовао да купац не мора обавезно бити оштећен *in du plum* (дакле да је платио 20) да би имао право на заштиту, J. Baldwin, 170.

[60] *Ibid.*

[61] *Ibid.*, 172.

[62] Ако се узме да је вредност ствари 100, простом применом глосаторског и коментаторског правила, продавац има право заштите уколико је оштећен са више од 50, док ће купац ово право стећи само ако је платио двоструко вишу цену (200), односно и више од 100, дакле 201, R. Zimmermann, 263. Будући да овакво правило није имало довољну јасну аргументацију за општу примену, временом су се стварала нова правила, која су се разликовала од средњовековне комуне до комуне: Виртемберг је узимао као критеријум прекомерног оштећења две трећине (*Landrecht*, 1555, 1610), док је, рецимо, Бретања примењивала пет дванаестина, J. Baldwin, 171.

[63] D. *19.1.11 (Ulpianus libro 32 ad edictum)*.

[64] Међутим, средњовековни правници овим ипак нису успели да дефинишу појам *bona fides*. Уместо тога, они уграђују римске текстове у различите системе

Попут правника који су му претходили и Балдо је поистовећивао *bona fides* са правичношћу и савешћу.[65] Међутим, посебну пажњу посветио је једном услову правичности, који је вероватно преузео од Аристотела и Томе Аквинског: да нико не сме да се богати на рачун друге стране. Балдо је ово начело назвао „правило савесног живота“.[66]

Аристотел је, указано је раније, расправљао у *Никомаховој етици* особине комутативне правде, а Тома Аквински је, на основу ове расправе, закључио да пренос ствари на другога подразумева два акта: узајамне правичности и дарежљивости. Међутим, Балдо се, иако баштини њихове идеје, разликује од претходника баш по томе што је поставио оригиналну теорију *bona fides*: имајући у виду да сваки уговор мора имати каузу, било да је она видљива или не, било да је битан елемент уговора или не, он стаје на становиште да *bonae fidei* понашање такође подразумева обавезну каузу. Та кауза може бити намера еквиваленције или дарежљивости.[67]

Ову идеју он даље развија, наводећи да намера еквиваленције не обогаћује ни једну страну на рачун друге, док намера дарежљивости то чини, али на разуман начин. У оба случаја, важно је да постоји основ, намера, кауза, која руководи савесно поштовање стране уговорнице. Тако, кауза дарежљивости не значи само давање неког богатства другој страни, већ давање „правим људима, правих износа и у право време“.[68]

Иако се не може пренебрегнути утицај дела Аристотела и Томе Аквинског, ипак вреди подвући да је Балдова анализа *bona fides* нова и оригинална.

или шеме, у којима кључне речи нису „добра вера“ и „правичност“ него „природа“ и „суштина“, J. Gordley, 103.

[65] Baldus, *10.1.2.3: bona fides aequitatem desiderat; 10.1.29.3: voco bonam fi dem id est bonam mentis qualitatem et conscientiam que etiam in conractibus stricti iuris requiruntur; 10.1.6.24: „quaero unde proveniat bona fides, dicit glossa quod non prove niat mere a ure, sed ab hominis conscientia“*, цит. према J. Gordley, 108.

[66] За Балда, ово начело је у суштини већ садржано у римским текстовима, или експлицитно или имплицитно. То је, по њему, природна, општа правичност, која је успостављена већ у римском начелу да нико не треба да се богати на туђ рачун или несрећу других, *ibid.*

[67] Ова разлика коју је Балдо установио није поменута у римским текстови ма. Нису је открили на глосатори, који, опште узев, нису ни читали Аристотелову *Етику*. У касном XIII веку, једино је Петро из Белапертика, упознат с Аристотело вим делом, правио разлику између *causa onerosa* и *causa lucrativa.* Вид. J. Baldwin, 203 207.

[68] Следствено овоме, кауза дарежљивости подразумева коришћење суштине на добар начин. Међутим, постоје и тзв. гранични случајеви: уколико се необразо вани купац одрекао правног средства заштите услед прекомерног оштећења, судија би, према Балду, требало да претпостави да је то учинио из глупости, а не као по следицу каузе дарежљивости, *ibid.*, 210.

Ранији правници су више описивали ситуације које се могу подвести под *bona fides* (држање дате речи, избегавање преварног понашања и поштовање имплицитних уговорних обавеза које би поштовао сваки савестан човек), али нису успели да дефинишу саму суштину овог института.

То је, међутим, прво пошло за руком управо Балду. Његов приступ делује револуционарно, будући да је он први предложио намеру као основ савесног поступања, односно дефинисао *bona fides* као резултат каузе: еквиваленције или дарежљивости. Уколико нема овакве каузе (будући да је „нека" кауза обавезна приликом закључења сваког уговора, чак и у канонском праву), реч је о несавесном понашању, за које друга страна увек има право заштите. Правници пре њега такво понашање су карактерисали као *dolus ex re ipsa*.[69] Међутим, Балдов приступ показује виши ниво апстракције којим је читав институт постао шире прихваћен.

Тако је у XVI и раном XVII веку правна школа у Шпанији, позната под називом „касни схоластици" самопоуздано покушала да уједини решења римског права са достигнућима које је поставио Балдо.[70] Припадници школе природног права и правници који су били под утицајем идеја природног права, као једно од средишњих питања свог научног рада, ставили су и *bona fides*. При томе, делује да они у великој мери само настављају достигнућа коментатора, решења *ius commune* и Балдову идеју.

Дома истиче да је страна која закључи уговор у обавези не само према ономе што је уговором предвиђено, већ и свему осталом што је потребно према природи уговора и свим последицама које правичност додаје обавези коју је неко преузео.[71]

Код уговора о продаји, уколико нема посебних клаузула у уговору, продавац је у обавези да гарантује да ствар нема недостатака, јер би, у супротном, купац платио праведну цену за дефектну робу.

---

69 D. *19.1.6.9 (Pomponius libro nono ad Sabinum).*

70 Касни схоластици су градили свој систем на темељима римског права, комбинујући га с Аристотеловим и Балдовим учењем. Многи од њихових закључака су популаризовани од школе природног права, коју су основали Гроције и Пуфен дорф, као и од правника на које је ова школа утицала: Жан Дома и Робер Потијер (R. Meyer, 357). Будлински, изгледа у супротном тону, наводи да су касни схоластици и припадници школе природног права додатно анализирали Балдов рад, расправљајући о облигацијама које потичу од правичности и добронамерног поступања. Међутим, за разлику од Балда, они нису покушавали да своје закључке споје са формулацијама римских текстова. Зато ове термине користе много ређе, чиме је и њихов систем осиромашен, F. Bydlinski, *System und Prinzipien des Europäischen Privatrechts*, Wien 1996, 217.

71 У складу са разликама у њиховим потребама, стране уговорнице могу мењати неке одредбе уговора, али не тако да се тиме прекрши начело правичности и савесности, R. Meyer, 358.

Додуше, једина могућност да продавац отклони ову обавезу је да се стране унапред о томе договоре, наравно, само уколико продавац срезмерно смањи цену ствари.[72]

Делује да је ова обавеза продавца заснована на његовој имплицираној гаранцији коју познаје римско право односно објективизираној одговорности за сваки недостатак ствари, без обзира на то да ли га је продавац истакао или није, да ли је за њега знао или није. Купчева права заштите деривирају из „*bona fides* генератора" који захтева нешто више: понашање савесног и поштеног човека, према природи уговора и еквиваленције у међусобним престацијама уговорних страна.

4. МОДЕРНИ ЕВРОПСКИ ГРАЂАНСКИ ЗАКОНИЦИ

Изгледа да је ово правило, од римског, преко средњовековног права, задржано и у модерним грађанским кодификацијама. Дома и његово дело инспирисали су и редакторе *Code Civil*-а, и отуда у нацрту овог законика стоји да уговори треба да се закључују и извршавају савесно.[73] Међутим, у самом тексту Законика савесност се не помиње као обавеза при закључивању уговора, него само при извршењу.[74] Мораће да прође још век и по како би савесност у предуговорном стадијуму била институционално предвиђена, пре свега, захваљујући идејама Рудолфа Јеринга, који је истицао да правила о савесности не односе само на извршење, него и за настајање уговора.[75]

Упркос заслуженом Јеринговом утицају, ипак се, у светлу већ наведених чињеница, мора подвући да је његов рад очигледно био инспирисан идејама Балда и Доме, којима треба указати поштовање за развој концепта савесности и поштења.

Француски грађански законик, међутим, у великој мери усваја принцип савесности и поштења, темељен на вековима развијаном концепту *bona fides*, истичући да уговори обавезују не само на оно што је у њима наведено, већ и на све оно што правичност, обичај или

[72] *Ibid.* Дома, изгледа, попут Балда, сматра да је у бити правичног еквивален ција у давањима.

[73] „Идеја твораца Француског грађанског законика, била је да савесност пра ти не само извршење, него и закључење уговора. Закључивање уговора подразумева, без смуње, процес који претходи настанку уговора и та идеја, да је неопходно при суство једне високе етичке категорије и то од преговарања па до извршења уговора, дакле код уговарача али и код преговарача, изгледа да је ишла испред времена у коме би могла бити реализована", О. Антић, „Савесност и поштење у облигационом праву", *Правни живот* 10, 2/2003, 574 575.

[74] Code Civil чл. 1134: *executees de bonne foi.*

[75] „Насцитурус је створен од једног Француза, али је дете дошло на свет захваљујући једном Немцу", О. Антић, 575.

закон по самој својој природи обавезују.[76] Време у којем је настао *Code Civil* ипак је промовисало превасходно начело аутономије воље, које је имало превласт над свим етичким и моралним категоријама. Биће потребно још времена, судских одлука и тумачења старих идеја, да *bona fides*, кроз концепт савесности и поштења, преовлада и у француском облигационом праву.[77]

Немачки грађански законик такође усваја начело савесности и поштења (*Trau und Glaube mit Rucksicht auf die Verkehrssitte*), захтевајући од уговорних страна да се савесно и поштено опходе у испуњењу својих уговорних обавеза, узимајући у обзир обичаје у промету.[78] Савесност и поштење прожимају читав текст Законика, чак је ово начело уграђено и у опште одредбе (тзв. краљевски параграфи),[79] због чега се сматра једним од његових основних начела.[80] Важан положај ово начело има и у упоредном праву.[81]

---

[76] *Code Civil,* чл. 1135*: Les conventions obligent non seulement a ce qui y est exprime, mais encore a toutes les suites que l'equite, l'usage ou la loi donnent a l'obligation d'apres sa nature.*

[77] Тако се тек шездесетих година XX века начело савесности и поштења почиње отворено примењивати у Француској, нарочито у области међународног привредног права. Међутим, тек са изменама чл. 1152. *Code Civil* а из 1975. којим је судовима дато овлашћење да ревидирају уговоре због промењених околности, или других захтева правичности, ово начело добија свој пуни смисао, М. Милутиновић, „Начело савесности и поштења (Универзални принцип међународне трговине)“*, Правни живот* 10, 2/2004, 424.

[78] Немачки грађански законик (НГЗ), чл. 242.

[79] НГЗ, чл. 138, 157, 226, 242, 817, 826.

[80] Овакво постављање начела (генералних клаузула, односно краљевских па раграфа), које ће се у суштини, *mutatis mutandis*, односити на све остале правне институте садржане у Законику, било је могуће због тога што је Немачки грађански законик први одступио од поделе засноване на Гајевим Институцијама и прихватио пандектну поделу, у којој је издвојен („извучен испред заграде“) општи део, иза кога следе посебни делови облигационог, стварног, породичног и наследног права. То је, дакле, први законик који начелу савесности и поштења даје краљевско место, О. Антић, 579.

[81] У Швајцарском грађанском законику предвиђено је да у вршењу својих права и извршавању својих обавеза свако треба да поступа према начелу савесности и поштења (чл. 2, ст. 1). Италијански грађански законик инсистира на поштовању овог начела током свих фаза настајања уговора, од преговора до извршења и тумачења текста уговора (чл. 1366 захтева тумачење уговора у доброј вери, чл. 1375 налаже извршење уговора у доброј вери, чл. 1175 захтева од повериоца и дужника да се понашају у складу са начелом савесности и поштења, чл. 1377 прописује да се стране морају понашати у доброј вери током преговора и израде уговора). У но вом грађанском законику Холандије из 1992. термин савесност и поштење замењен је захтевом разумности и правичности (*redelijkheid en bilijkheid*) који се очекује од свих уговорних страна. Врло сличне одредбе предвиђене су и у грађанским законимима Луксембурга (чл. 1134), Белгије (чл. 1134) Шпаније (чл. 7, 1258), Португалије (чл. 762) и Грчке (чл. 288).

Савесност и поштење своје место заузели су и у одредбама Српског грађанског законика кроз термин „благонаравље”:

> *Воља и наредба човечија заступа закон, а закон накнађа вољу и наредбу човечију. Но у ономе што се тиче јавног по ретка и благонаравља, не може се ништа изменити вољом или уговором.*[82]

Анализирајући ову одредбу, делује да СГЗ у дефинисању начела савесности и поштења одступа од свог изворника АГЗ-а, и, изгледа, јачу паралелу повлачи са Француским грађанским закоником. Није ли, можда, ово доказ више да просто трансплантирање АГЗ-а није учињено приликом стварања СГЗ-а?[83]

Изменама ЗОО из 1993. начело савесности и поштења је нашло своје место у закону:

> *Стране у облигационим односима су слободне, у грани цама принудних прописа, јавног поретка и добрих обичаја, да своје односе уреде по својој вољи.*[84]

> *У заснивању облигационих односа и остваривању права и обавеза из тих односа, стране су дужне да се придржавају начела савесности и поштења.*[85]

Закон о облигационим односима, поред ових генералних одредби, садржи додатно и низ конкретних одредаба које ближе уређују етичке корективе у праву: савесност и поштење,[86] правичност[87] и добре обичаје.[88]

---

[82] Српски грађански законик (СГЗ), чл. 13.

[83] И Општи имовински законик за Црну Гору из 1888. године, у чл. 785, помиње јавни поредак, благонаравље, поштење и правичност: „Правила обичне људскоте и правичности, на покоравање којима власт уопште не може свагда управо да принуди, али за то народна свијест свагда осуђује оне који та правила преступају.“ Следећи теорију проф. Вотсона, могло би се рећи да је део СГЗ а трансплантиран у ОИЗ, иако сматрамо да је реч о два потпуно самостална правна текста, који чак не третирају ни исти обим материје (ОИЗ третира искључиво имовинско право, будући да је његов творац Валтазар Богишић, професор правне историје на Универзитету у Одеси и министар просвете на двору краља Николе Петровића, сматрао да породич но и наследно право не чине хомогену целину са имовинским правом, а, поред тога, црногорска породица је нејединственог облика и сталног мењања).

[84] ЗОО, чл. 10.

[85] ЗОО, чл. 12.

[86] Код проширења одговорности дужника, раскида или измене уговора због промењених околности, уговора о посредовању, услова као уговорног модалитета, накнаде штете, стицања без основа и цесије.

[87] Код огдоворности за штету, одговорности у случају удеса моторних возила у покрету, тумачења уговора, раскида или измене уговора због промењених окол ности, накнаде нематеријалне штете и уговорне одговорности за штету.

[88] Код уговора о приступу, закључења уговора, материји испуњења новчаних облигација, куповине на пробу и код разних врста именованих уговора: о закупу, превозу, налогу, посредовању, трговинском заступању, организовању путовања.

Поред, чини се, јасног утицаја римског начела *bona fides* на развој начела савесности и поштења у средњем веку, модерним грађанским кодификацијама и српском праву, делује да се овом римском начелу може окренути и у настојању да се термин *good faith* поистовети са савесношћу и поштењем, чиме би се покушало отклањање антагонизма између два доминантна правна система и стварање заједничког језгра у коме би европско приватно право могло бити хармонизовано.

Зато треба подржати мишљење Матијаса Стормеа (*Matthias Storme*): „Решења уграђена у посебна правила, која су, историјски посматрано само варијације римског начела *bona fides*, дају смернице будућем тумачењу истог принципа, јер право настаје од преседента до преседента и посебна правила у великом броју случајева нису ништа друго до кодификовани устаљени преседенти. Тако, решења која су некад била базирана на римском начелу *bona fides*, а сада су уграђена у посебна правила, остају потпуно релевантна за одређивање садржине принципа *good faith*. Оно што се формално чини сувишним, веома често се покаже суштински битним“.[89]

5. АНГЛОСАКСОНСКИ КОНЦЕПТ И ЕВРОПСКО ПРИВАТНО ПРАВО

Клаузула савесности и поштења се у савременим расправама континенталног права на енглеском језику поистовећује са англосаксонским појмом *good faith*. У свим модерним правним системима *good faith* се сматра нормативним појмом.[90] Овај појам је тесно повезан са моралним стандардима. Обично се дефинише нешто другачије него римски концепт *bona fides*. У дефинисању превода појма *good faith* преовлађује термин добронамерно поступање, тј. добра вера.[91]

Има мишљења да овај појам подразумева искреност, поштење и лојалност,[92] да једна страна мора при закључивању и извршавању уговора узети у обзир интересе друге стране,[93] да је то капија кроз

[89] M. Storme, „Good Faith and the Contents of Contracts in European Private Law“, *Cambridge Law Review* 1/2005, 642.

[90] Такав је случај у нпр. немачком, холандском, белгијском, француском и италијанском праву. Из тих разлога многе одредбе које не садрже директну референ цу која упућује на *good faith*, указују да су засноване на овом концепту.

[91] Тако О. Антић, 578; М. Милутиновић, 428; H. Kötz, *Towards a European Civil Code: The Duty of Good Faith*, Oxford 1998, 16; J. F. O' Connor, *Good Faith in English Law*, Aldershot 1990, 9; R. Brownsword, *Good Faith in Contract*, Aldershot 1999, 11; M. W. Hesselink, „The Concept of Good Faith“, *Kluwer Law International* 2004, 472.

[92] M. Storme, 648.

[93] M. W. Hesselink, 472.

коју моралне вредности улазе у право[94] или да је средство којим вредности Устава улазе у приватно право.[95]

На први поглед, веома различита терминологија којом се дефинише овај појам може да делује збуњујуће. *Good faith* се дефинише као норма, веома важан принцип, правило, максима, обавеза, стандард понашања, извор неписаног права, општа клаузула. Међутим, пажљивијим сагледавањем општа слика не делује тако конфузно. *Good faith* је детерминисан као нека врста отворене норме, чији концепт не може да утврди апстрактно ни генерално, већ зависи од околности у којима се примењује, и која се, у зависности од ситуације, конкретизује.

Конкретизација појма препуштена је углавном судовима, који су надлежни да тумаче шта захтева добра вера у одговарајућем случају (*Einzelfallgerechtigkeit)*.[96] Међутим, судији није дозвољено да субјективно оцени који је то стандард. То мора учинити на што објективнији начин.[97]

У Немачкој је начињена правна дистинкција која чини опште фундаментално полазиште (*grundlegend*). Рот (*Roth*) разликује три функције начела *good faith*, анализирајући чл. 242 НГЗ. То су: а) суплементација дужности, б) ограничење права и в) моралност.[98]

У Италији се доктринарно прави разлика између функција овог начела, па тако постоји функција допуне (*funzione integrativa*) и функције процене (*funzione valutativa*) добронамерног поступања.[99] Међутим, у научним круговима не постоји јединство у вези с овом поделом.[100]

---

[94] O. Lando, „Unfair Contract Clauses and a European Uniform Commercial Code“, *European Review of Private Law* 3/1988, 279.

[95] Такав је случај у немачком праву. Вид. H. Roth, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gezetzbuch*, München 2001, 242 247.

[96] H. Kötz, 58.

[97] У Холандији Грађански законик предвиђа да, при утврђивању шта добро намерно поступање предвиђа, мора да се направи референца на општеприхваћене принципе закона, на текућу судску праксу, и да одговарајуће друштвене и приватне интересе, J. Smits, *The Making of European Private Law: Toward a Ius Commune Euro paeum as a Mixed Legal System*, Antwerp Oxford 2008, 444. Слично је и у Немачкој где су развијени методи рационализације и објективизације судских одлука. Доктрина је развила термин „унутрашњи систем“ добронамерног поступања који се односи на конкретне случајеве, F. Bydlinski, 116.

[98] Као додатак овим трима функцијама, Рот додаје још једну коју проналази у чл. 157 НГЗ: тумачење уговора у складу са правичношћу, H. Roth, 251.

[99] A. Di Majo, *Commentario del codice civile,* Bologna Roma 1998, 322.

[100] Неки научници сматрају функцију допуне преовлађујућом, одбијајући да прихвате функцију процене као меродавну, док други имају супротно мишљење. Судска пракса је, међутим, обема функцијама признала одговарајућу улогу, на осно ву чл. 1336 Италијанског грађанског законика, *ibid.*

У Холандији, начело *good faith* има функцију или ефекта допуне (*aanvullende werking)* и функцију ограничавања (*beperkende werking*).[101] Пре усвајања Грађанског законика 1992, функција ограничавања била је предмет оштре дебате међу правницима, која је имала сличне корене као и у Италији. Неки аутори фаворизовали су концепт широког тумачења начела *good faith*, сматрајући да је функција ограничавања сувишна. Међутим, Законик је прихватио постојање обе функције.[102] Начело *good faith* у Белгији има три функције: функцију тумачења (*fonction interprétative*), функцију допуне (*fonction complétive*) и функцију ограничавања или ублажавања (*fonction restrictive, modératrice*).[103]

Из наведеног упоредног прегледа основних фунцкција начела *good faith*, може се поставити питање на који је начин римски концепт утицао на модерни? Делује да се и у овом случају може повући још једна јасна паралела:

> *Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam. Quod et honorarium dicitur ad honorem praetorum sic nominatum.*[104]

Овај Папинијанов фрагмент из Дигеста указује на улогу претора у римском праву, чији је задатак да помогне, допуни или исправи цивилно право. Ова трихотомија изгледа врло слично као и дистинкције начињене у Италији, Холандији и Белгији. У грчком и португалском праву *good faith* такође има три функције: интерпретативну, улогу допуне и корективну.[105]

И у римском и у савременом праву добра вера, савесност и поштење, имају готову исту улогу: тумачење, допуњавање и исправљање, као морални коректив старог цивилног, односно савременог уговорног права.[106] Уколико се пажљиво сагледа овај пример, може

[101] J. Smits, 449.

[102] *Ibid.*

[103] *Ibid.*

[104] D. *1.1.7 (Papinianus libro secundo definitionum).*

[105] M. W. Hesselink, 476.

[106] Правну анализу Папинијановог текста, из угла тумачења чл. 242 НГЗ, дао је Вијакер. Према њему, све три функције начела *good faith* кореспондирају са римским решењима, па тако сврсисходно остварење смерница које је законодавац наменио судији *(die sinngemäSe Verwirklichung des gesetzgeberischen Wertungsplanes durch den Richter*) упоређује са *officium iudicis*, сва начела постављена од стране суда у погледу правно етичког понашања уговорне стране (*alle Maximen richterli cher Anforderung an das persönliche rechtsethische Verhalten einer ProzeSpartei*) доводи у везу са *praeter legem*, док коначно прихватање правно етичких начела о којима нема говора у законима, а који треба да руководе уговорне стране (*rechtsethische Durchbrüche durch das Gesetzesrecht*), поистовећује са *contra legem* (F. Wieacker,

се констатовати да ова трихотомија представља *common core* дела европског приватног права. Те заједничке особине и функције начела најбоље показују на који начин решења римског класичног права, уграђена у савремене националне правне системе, могу допринети изградњу општих начела Уније. Свака од наведених функција начела *good faith* у Европи одговара једној од функција преторског права у вези с утицајем на старо цивилно право: конкретизација (интерпретација) – *adiuvare*, допуна уговорних обавеза у складу са добром вером – *supplere*, кориговање (ограничавање, нпр. забрана злоупотребе права) – *corrigere*.

На који начин ово начело функционише у уговорним обавезама странака? Многи правни европски системи истичу општу обавезу предуговорног савесног понашања странака. Неки грађански законици чак садрже експлицитне одредбе о овој обавези.[107] И Ландови Принципи европског уговорног права (*Principles of European Contract Law, PECL*) и *UNIDROIT* принципи прописују исте обавезе.[108] На основу општих дужности, они обично захтевају од странака да обавесте једна другу о свакој промени процеса преговарања при закључењу уговора.[109]

Уколико се пође од Ландових принципа уговорног права, могу се уочити важне одреднице које сведоче о утицају римског права на савремено европско приватно право.

У чл. 1:106 истиче се да „ове Принципе треба тумачити и развијати у складу са њиховом сврхом. Посебно треба узети у обзир потребу подстицања добре вере (*good faith*) и поштеног пословања (*fair dealing*), сигурност у облигационим односима и уједначеност примене.“[110] Члан 1:202 наводи да „свака страна мора да поступа савесно и у складу са поштеним пословањем“.[111]

264 266). Ову анализу је довео у питање Хеселинк, који истиче да је пут којим је Вијакер кренуо помало изненађујући. Он, према Хеселинку, функцију допуњавања поистовећује са *iuvare*, док је римско право ову функцију називало *supplere*. У складу с тим, Вијакер сматра да *exceptio dolli* има функцију *supplere,* а у римском праву је та функција била везана за *corrigere* (M. W. Hesselink, 478). Међутим, Сторме има речи оправдања за Вијакеров рад, истичући да се у Немачкој *exceptio dolli* посматра као *допуна* норме да се не сме злоупотребљавати своје право. Осим тога, пише Сторме, Вијакер је анализирао само чл. 242 НГЗ, а не и конкретизацију одредби из тог члана садржаних у чл. 157 НГЗ (M. Storme, 650).

[107] На пример, чл. 1337 Италијанског грађанског законика, чл. 197 Грчког грађанског законика, чл. 227 Португалијског грађанског законика, чл. 311 Немачког грађанског законика.

[108] Чл. 2:301 *PECL*, чл. 2.15 *UP*.

[109] Странка може бити одговорна уколико прекине преговоре супротно доброј вери, чл. 311 Немачког грађанског законика.

[110] чл. 1:106 PECL.

[111] чл. 1:202 PECL.

У коментарима на чл. 1:201 посебно се намеће свакој уговорној страни обавеза поштовања стандарда поштеног пословања и обавеза вођења рачуна о интересима друге стране. Тако чл. 6:111 предвиђа да, упркос општем ставу, се уговори морају поштовати, у случају одређених непредвиђених околности, обе стране морају поново ступити у преговоре да би испуниле циљ поштеног пословања:

> 1) Страна је дужна да испуњава своје уговорне обавезе чак и уколико је извршење постало теже, било да су се трошкови у вези с извршењем повећали или да се вредност уговорног учинка смањила.
>
> 2) Уколико извршење уговора постане неупоредиво теже због непредвиђене промене околности, стране су у обавези да поново ступе у преговоре, како би уговор био прилагођен новим околностима, или раскинут, под условом да:
>
> а) нова околност се догодила после закључења уговора,
>
> б) могућност да се деси нова околност није могла бити разумно узета у обзир приликом закључења уговора,
>
> в) уколико уговором није унапред било предвиђено да страна која има корист од уговора сноси и ризик промењених околности.
>
> 3) Уколико стране не успеју да постигну споразум у разумном периоду, суд може да:
>
> а) раскине уговор у дану и под условима које ће суд утврдити,
>
> б) прилагоди уговор тако да изврши правичну расподелу добитака и губитака обе стране услед промењених околности,
>
> в) одлучи о накнади штете оној уговорној страни која ју је претрпела, услед одбијања друге уговорне стране да поново преговара, или потпуно прекине преговоре супротно начима добре вере и поштеног пословања.[112]

Тако је *good faith* на првом месту субјективан појам, а *fair dealing* објективан, због чега ова два појма увек иду заједно, налик немачкој варијанти *Treu und Glauben* и холандској *redelijkheid en bilijkheid*.

Овако дихотомно схваћен прицип, изражавају и друге одредбе Ландових принципа уговорног права: обавеза стране да не ступи у преговоре о закључењу уговора, уколико нема стварну намеру постизања споразума са другом страном,[113] обавеза чувања поверљи-

[112] чл. 6:111 PECL.

[113] чл. 2:301 PECL.

вих података које је једна страна дала другој у току преговора,[114] обавеза уздржавања од непоштеног искоришћавања зависног положаја друге стране, њене неповољне економске ситуације или осталих слабих тачака,[115] право на одбијање извршења одређене уговорне обавезе, уколико би то изазвало зајмопримчево неоправдано излагање великом трошку.[116]

На основу овога може се закључити да, уколико се начела *good faith* и *fair dealing* правилно користе, она могу бити инструмент не само хармонизације приватног права, него и средства која омогућавају и допуштају да узмемо у обзир националне и регионалне разлике у примени права.

Посебно је питање на који начин оштећена страна може заштити своја права у случају кршења обавезе из начела савесности и поштења. У многим правним системима су одређени правни лекови које купац има на располагању засновани претежно баш на кршењу обавезе добре вере и поштеног пословања.

Једно од најважнијих правних средстава је могућност да купац одбије извршење уговора уколико је продавац поступао несавесно приликом преговора о закључењу. То је, у ствари, врста приговора купца (*exceptio non adimpleti contractus*) којом одбија захтев продавца за извршењем уговора.[117] Имајући у виду овакво решење оно се, сходно начину примене, може проширити и на заједничка правила заштите права купца у европском приватном праву на основу кршења обавезе да се, приликом закључења и извршења уговора, мора водити рачуна о доброј вери и интересима друге уговорне стране.

[114] чл. 2:302 PECL.

[115] чл. 4:109 PECL.

[116] чл. 9:102 PECL.

[117] Овакву одредбу предвиђа чл. 242 НГЗ, који ово право дају купцу у случају да је продавац злоупотребио своје право, имајући у виду однос *inter partes (Sonder verbindung).* Слично је решење и чл. 6:262 Холандског грађанског законика, који судовима експлицитно даје могућност да купца ослободи од обавезе извршења уго вора у случају да је продавац повредио начело добре вере при закључивању угово ра. Француско право, међутим, као да није у потпуности на овој линији: полазећи од тврдог става да се закључени уговори морају поштовати, функција начела до бре вере као средства којим се уговор може раскинути, односно одбити његово извршење услед кршења самог начела, није експлицитно призната. Смитс наводи да чл. 1134 *Code Civil*, који регулише ово питање, није виђен као бихејвиорална норма, већ пре као субјективно стање ума, па француски *Cour de Cassation* у принципу не одобравају наведену могућност, J. Smits, 192. Међутим, ово се не може тумачити у смислу да *bonne foi* нема значај какав има у немачком и холандском праву: раз лика је у томе што француски судови, у ситуацији кршења начела *bonne foi*, уместо права купцу да одбије извршење уговора, налажу обема странама да поново ступе у преговоре и закључе уговор у складу са овим начелом, *ibid.*

Прихватајући став Стормеа, може се истаћи и да европско приватно право треба да буде хармонизовано, али не и хомогенизовано, јер је европски идентитет мулти-правни.[118] Овако изнет став може се подржати у основној идеји коју заступа овај рад: европско приватно право може бити уједначено превасходно нецентралистички, применом искустава старог *ius commune* које постаје основа развоја новог заједничког права Европске уније.

6. ЗАКЉУЧАК

Начело *bona fides* развијало се постепено, од етичких идеја Аристотела до конкретних решења римских класичних јуриспрудената. Позната особина Римљана да усвајају добра правна решења поробљених народа или оних у окружењу и у овом случају имала је своју улогу. Цицерон отворено стаје уз Аристотелове идеје и на сличан начин формулише задатак уговорних страна: да поступају добро, као међу добрим људима и без обмањивања.

У класичном римском праву истакнута је посебно улога јуриспрудената у развијању *bona fides*. Преовлађујуће становиште да класично римско право није онемогућавало тзв. ситне преваре приликом уговорања цене код уговора о продаји (*invicem se circumscribere*). Нејединствен је став римских правника по овом питању, међу којима неки од најутицајнијих (Помпоније и Улпијан) наводе конкретне примере из којих је видљиво да је класично право санкционисало овакве појаве. Најзад, „револуционарна клаузула" *quidquid dare facere oportet ex fide bona* омогућила је проширење дејства *actio empti*. Сада купац није у обавези да доказује несавесност продавца, што је раније био највећи недостатак ове тужбе. Позивајући се на на околност да друга страна дугује све оно на шта тужилац има право на основу савесности и поштења, отворен је уједно простор за делатност правника у току поступка, јер судија има сложен задатак који не би могао да испуни без стручне помоћи.

Средњовековни правници, у првом реду глосатори и коментатори, ослањајући се на римске текстове и домете класичне јуриспруденције, уопштавањем проширују дејство *bona fides* на све правне послове, формулишући опште правно правило. Посебно је значајна Балдова улога који истиче да нико не сме да се богати на рачун друге стране, чиме истиче „правило савесног живота."

Римска *bona fides* реципирана је у модерним грађанским законицима као начело савесности и поштења, а своје место нашла је и

[118] Како то сликовито каже Сторме: „Европско право може да гледа у небеса, али не би требало да лебди тамо, а да ноге не држи на земљи и без задржавања раз личитости", M. Storme, 655.

у нашем Закону о облигационим односима и у Начелима Европског уговорног права (*PECL*). Видљив је, при том, утицај римског права. И у римском и савременом праву добра вера, савесност и поштење, имају готову исту улогу: тумачење, допуњавање и исправљање, као морални коректив старог цивилног, односно савременог уговорног права. Уједно, то је један од праваца у којима се може кретати хармонизација европског приватног права, на темељима римских класичних решења.

Vladimir Vuletić, LLM

Assistant Lecturer
University of Belgrade Faculty of Law

FROM *BONA FIDES* TO THE PRINCIPLE OF GOOD FAITH

Summary

The concept of good faith (*bona fides*) was of Roman origin. Initially, it was associated with the general expectation that everyone behaves honestly and fairly in dealings with others. It also meant a personal belief that what one does is just and lawful. The author explores Roman beginnings of the *bona fides* principle and traces its influences on the contemporary Law of Contracts and, especially, on the modern contract of sale. Furthermore, the author probes the relevance *bona fides* in different European legal systems and the European Union, and within the European Private Law paradigm.

Key words: *Bona fides. – Contract of sale. – Mediaeval law. – Good faith. – European Private Law.*

УДК 343.63(37)

Андреја Катанчевић, мастер права

асистент Правног факултета Универзитета у Београду

INIURIA ALTERI FACTA ПРЕТКЛАСИЧНОГ РИМСКОГ ПРАВА

Чланак је покушај да се понуди ново читање једне кратке реченице Закона дванаест таблица и да се реши загонетка настанка приватноправне заштите части у претекласичном римском праву. Ослањајући се на различите ставове изнете у литератури, дају се нови одговори на два питања. Прво, шта је Закон дванаест таблица подразумевао под инјуријом alteri facta. Друго, како се тај деликт проширио до оног појма инјурије о коме су писали правници класичног периода. Аутор покушава да оспори општеприхваћен став да је инјурија alteri facta првобитно била лака телесна повреда у коју је касније укључена и увреда, доказујући да је правна еволуција ишла у обрнутом смеру.

Кључне речи: *Iniuria. Закон дванаест таблица. Membrum ruptum. Os fractum. Преторов едикт. Увреда. Клевета.*

1. УВОД

Извори о претекласичној инјурији[1] су сиромашни. Реч је о реконструкцији Закона дванаест таблица,[2] *Атичким ноћима* Аула Гелија[3] и о Улпијановим цитатима едиката које су нам пренела

[1] Овде треба напоменути да термин *инјурија* има бар два различита појма која се њиме означавају. Први од њих је деликт дефинисан у једној реченици Закона дванаест таблица, а запрећен казном од 25 аса. Други је општи деликт који обухвата, поред овог првог, још и облике *membrum ruptum* и *os fractum*. За потребе овог рада користићемо термин *инјурија* у смислу његовог ужег појма (*inuria alteri facta*), уколико се супротно не назначи.

[2] Одредба 8.4. Шелове реконструкције.

[3] A. Gellius*, Noctes Atticae,* 20.1.13. У одломку о анегдоти у вези с Луцијем Верацијем се говори о младом богатом човеку који је ишао улицом ударајући пролазницима шамаре. За њим је ишао роб и сваком од несрећних пролазника

Дигеста.[4] Из њих сазнајемо само то да је у V веку пре н.е. постојао приватни деликт непознате садржине, који је приближно два и по века после тога обухватао шамар на јавном месту. Поред тога, знамо да је претор у једном тренутку за овај деликт уместо законске композиције од 25 аса увео тужбу са проценом. Ову тужбу је, затим, проширио на случајеве увреде нанете од више лица, праћења и добацивања на јавном месту, одвођења пратиоца, тортуре туђег роба, а на крају и на случајеве сваког понашања које је предузето с намером повреде части. Покушаћемо овде да дамо алтернативу до сада неспорном ставу да је *iniuria alteri facta* првобитно била лака телесна повреда и да се тек каснијом активношћу претора проширила и на увреду.

2. ИНЈУРИЈА ЗАКОНА ДВАНАЕСТ ТАБЛИЦА

2.1. Језичко тумачење

Да би се истражио појам инјурије, мора се кренути од реконструкције Закона дванаест таблица. Реч је о доста шкртој одредби која гласи:

Si iniuria(m) alteri faxit viginti quinque poene sunto.[5]

Реч која овде већ више од века привлачи највећу пажњу науке је *iniuria*. У зависности од значења ове речи, реченица се тумачи на два различита начина. По Зимоновом (*Simon*) тумачењу овде се ради о употреби именице *iniuria* у акузативу[6]. Превод би дакле гласио:

Ко другом учини неправду[7]*...*

У другој варијанти, коју заступају Ивлен (*Huvelin*) и Пухан, реч је о употреби именице *iniuria* у аблативу.[8] Тако би превод гласио:

Ко другом неправдом (неправедно) учини...

одмах исплаћивао законску композицију од 25 аса, која је у то доба захваљујући девалвацији већ представљала багателну суму.

4 D. 47.10.15.

5 8.4 Шелове реконструкције, према A. Gellius*,* 20.2.12.

6 D. V. Simon, „Begriff und Tatbestand der 'Iniuria' im altrömischen Recht“, *Zeit schrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung (ZSS)* 82/1965, 133.

7 Иако се реч *iniuria* може превести и са „противправно“, овај превод не би био адекватан, јер је анахронизам тражити појам противправности у доба Закона дванаест таблица.

8 И. Пухан, „Инјуриа Закона дванаест таблица“, *Годишник на Правно економскиот факултет во Скопје*, 2/1955, 478, P. Huvelin, „La notion de l' iniuria dans le tres ancient droit romain“, *Melanges Appleton*, Lyon 1903.

До данас у науци није понуђено треће језичко тумачење спорне реченице. Међутим, оба поменута тумачења полазе од могућих значења кључне речи. Затим се тако добијена значења уклапају у шири контекст. Вероватноћа тако добијених варијација се даље проверава. Насупрот томе, полазиште тумачења које се овде износи биће контекст, односно синтагма у којој се спорна реч налази. Тако ће се покушати да се значење нађе у међусобном односу речи *iniuria* и речи које стоје уз њу.

Ако упоредимо законске изразе којима се дефинише овај и друга два облика инјурије у ширем смислу, приметићемо да се једино овде јавља реч *alteri*.[9] У цитираним одредбама Закона дванаест таблица се не каже *si iniuria(m) faxit* већ *si iniuria(m) alteri faxit*. С обзиром на концизност језика Закона дванаест таблица, која је често штетила јасноћи, не може се прихватити став да се у закону случајно нашла реч вишка. Тако се мора прихватити закључак да је реч *alteri* имала своју посебну значењску вредност, нарочито ако се примети да у норми закона којом се регулише *membrum ruptum* и *os fractum* та реч није употребљена. То нас наводи на закључак да је значење израза *iniuria(m) alteri faxit* различито од фразе *iniuria(m) faxit*.

У оба претходно поменута тумачења превиђа се да су сви језици примитивних друштава скромног фонда речи, али истовремено богати фразама. Уколико се прихвати теза да реч *alteri* није вишак, онда се мора прихватити једино могуће решење, да је овде реч о фрази, која има посебно значење у односу на речи које је чине. Дакле, овај израз има сасвим уско и прецизно значење.[10]

2.2. Одређење појма

Теорија познаје до данас два различита схватања обима делик та *iniuria alteri facta*. Прво, које заступа Пухан,[11] је у ствари ништа друго до последица конфузије појмова инјурије *alteri facta* и инјурије у ширем смислу. По његовом мишљењу, инјурија *alteri facta* није

[9] Ова реч се не јавља у одредбама којима се дефинишу *membrum ruptum* и *os fractum*: (8.2) *Si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto*; (Paulus, Collatio 2.5.5) *Manu fustive si os fragit libero CCC, si servo, CL poenam subit*. Реч *alteri* је задавала главобоље многим истраживачима ране инјурије, јер нису могли да објасне њено значење и употребу. Проблем су решили на једноставан начин. Без много основа узели су да та реч није постојала у оригиналном тексту Закона дванаест таблица (sic!) и једноставно је игнорисали. Вид. D. V. Simon, 132 и даље; M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, München 1971, 156; A. Manfredini, *La diffamazione verbale nel diritto romano I: Eta repulicana*, Milan 1979, 15 и даље.

[10] Интересантно је да је инјурија нужно деликт уског обима, приметио још пре више од једног века R. Leonhard, *Der Schutz der Ehre im alten Rom*, Breslau 1902, 12.

[11] И. Пухан, 474 и 478.

ништа друго до остатак деликта инјурије у ширем смислу, која је и сама деликт по остатку. Тако све оно што није обухваћено осталим приватноправним деликтима Закона дванаест таблица, представља инјурију у ширем смислу. Истовремено, све оно што јесте обухваћено деликтом инјурије у ширем смислу, а није обухваћено његовим посебним облицима, припада обиму појма инјурије *alteri facta*. Тако је нормирање ужег појма инјурије у Закону дванаест таблица генерална норма под коју се подводи сваки неименовани приватноправни деликт, укључујући и нападе на имовину. Тек после доношења Аквилијевог закона о штети,[12] из ове генералне клаузуле се искључује деликт *damnum iniuria datum*, односно противправно проузроковање штете. Ово мишљење није тешко критиковати.

Прво, тешко је замислити генералну клаузулу овакве ширине међу казуистичким одредбама Закона дванаест таблица. То би представљало мало вероватан анахронизам.[13] Затим, чак и да је Закон предвиђао такву клаузулу, поставља се питање разлога постојања осталих деликата. Ако већ постоји један генерални деликт који их може обухватити, остали се јављају као непотребни. Најзад, да се не ради ни о каквој широкој или генералној норми доказује и то каквом је казном овај облик деликта санкционисан.[14] Као казна овде се наводи сасвим одређена сума од 25 аса. Тешко је прихватити тврдњу да је за деликт неодређене садржине, па самим тим и неодређене тежине, предвиђена сасвим одређена новчана композиција. Ако би такав деликт постојао, он би морао да обухвата нападе различитог интензитета на заштићена добра различите вредности, па би било сасвим нелогично да у свим тим ситуацијама казна буде идентична.

Друго схватање, које долази од Ди Паоле (*Di Paola*), Шулца (*Shulz*) и Фон Либтова (*Von Lϋbtow*),[15] полази од класичног појма

[12] У нашој литератури вид. Д. Поповић, „Систем Аквилијевог закона“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/1987, 63 68.

[13] E. Polay, *Iniuria Types in Roman Law*, Budapest 1986, 7. Међутим, Пухан сматра да је генерална норма у Закону дванаест таблица ипак могућа, И. Пухан, 481.

[14] D. V. Simon, 163. Ово примећује и Биркс, али он ову реченицу Закона два наест таблица тумачи као део одредбе о *os fractum*, P. Birks, „The Early History of Iniuria“, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 37/1969, 169.

[15] Polay, 27; F. Schulz, *Classical Roman Law*, Oxford 1969, 594; S. Di Paola, „La genesi storica del delitto di ‘Iniuria’“, *Annali del Seminario Giuridico Universita di Catania*, I 1946 1947, 283. *Von Lϋbtow* чак нуди тумачење одредбе 8.4 Закона два наест таблица које гласи „Ако неко на други начин нападне тело другог...“. U. von Lϋbtow, „Zum römischen Injurienrecht“, *Labeo* 15/1969, 135. Ово тумачење делује до ста неубедљиво, најпре зато што нема јаке језичке аргументе, а друго јер се овде није пошло од језичког тумачења, већ од претходно формираног става, за који се онда тражи језичко оправдање.

инјурије (која обухвата и *membrum ruptum* и *os fractum*, односно повреде физичког и моралног интегритета) и од сведочења Аула Гелија. Овај део теорије узима као аксиом став да је у једном тренутку после доношења Закона дванаест таблица, активношћу претора, напад на морални интегритет укључен у појам инјурије. Првобитни појам инјурије није, дакле, обухватао нападе на част. Тако, у инјурију Закона дванаест таблица спада све оно што јесте напад на људско тело, а није ни *membrum ruptum* ни *os fractum* То је, дакле, напад који не резултира преломом кости или телесном повредом која води већем оштећењу, тежем инвалидитету или иреверзибилној промени, а притом обухвата шамар. Тако се долази до закључка да је овде реч о таквом нападу на тело који не оставља никакве материјалне последице на њему.[16] Оваква конструкција, за чије поткрепљење не постоје изричити и недвосмислени извори, је у романистици преовлађујућа. У овом раду ће се дати њена критика, али и алтернатива.

Први проблем који се на том путу пред нас поставља је одређење значења фразе s*i iniuria(m) alteri faxit*.

Да би анализирали Гелијев извештај, потребно је претходно се осврнути на концепт објективне одговорности, који је тада био доминантан. То је одговорност која је везана строго за наступелу противправну последицу, којом су одређени и врста и тежина дела. При том је за одговорност кривица (дакле и намера) потпуно неважна.[17]

У анегдоти о Луцију Верацију се радња дела састоји у ударању шамара у јавности. Међутим, последица која деликт одређује се не састоји у промени на самом телу оштећеног. Шамар, осим у ретким случајевима, не производи готово никакве последице на људском телу. Поставља се питање шта је у овом случају заштитни објект на коме настају штетне последице[18]. Изгледа да је у овом случају то част, која је грубо повређена шамарањем на јавном месту.

[16] Фон Либтов исправно примећује да би и законска инкриминација овако ограниченог појма инјурије у ужем смислу представљала у ствари анахрону генерал ну норму *sui generis*, Von Lübtow, 134. Такође R. Wittmann, *Die Körperverletzung an Freien im klassichen römischen Recht*, München 1972, 11; D. V. Simon, 135. Витман иде даље у развијању овакве дефиниције, па каже да је основна разлика између инјурије и облика *membrum ruptum* и *os fractum* у томе што се код инјурије не спецификује резултат напада, R. Wittmann (1972), 13.

[17] Ова одговорност је у свом обиму двоструко неподударна са данас владајућом концепцијом субјективне одговорности. Она је, с једне стране, шира јер нормира и она дела која су учињена без кривице, односно жеље или свести. С друге стране, ова одговорност је ужа, јер не санкционише радње покушаја или подстрекавања, које саме по себи не резултирају објективном последицом.

[18] Интересантно је да је ово питање сасвим узгредно поставио Пухан, али није покушао да дâ одговор на њега, И. Пухан, 479.

Ако се пође од ставова Аплтона (*Appleton*),[19] Ди Паоле[20] и Зимона (*Simon*)[21] да је *os fractum* специјални случај у односу на *membrum ruptum*, онда би *membrum ruptum* покривао све случајеве телесних повреда. На тај начин би трећи облик деликта инјурије у ширем смислу, који би за заштитни објект имао такође људско тело, био беспредметан.

Тако долазимо до једноставног закључка да је деликт инјурија Закона дванаест таблица сасвим одређен и савременицима познат деликт, који штити не *тело*, већ *част* римског грађанина. На тај начин, ако бисмо желели да деликт инјурије дефинишемо речником савременог права, могли бисмо да употребимо једноставно реч „увреда".[22] Овај закључак подржава и упоредноправна чињеница да је у истовременом античком грчком праву постојао сличан деликт под називом *hybris* којим се штити част, а који укључује баш и шамарање на јавном месту.[23]

3. РАЗВОЈ ИНЈУРИЈЕ ПОСЛЕ ЗАКОНА ДВАНАЕСТ ТАБЛИЦА

3.1. Едикталне новине уопште

За тумачење смисла и обима деликта инјурије претукласичног права од суштинског значаја су едикти претора који су донети у последња два века Републике. Претор је на тај начин изменио деликт Закона дванаест таблица барем у три смера:

[19] C. Appleton, „Notre enseignement du droit romain, ses ennemis et ses defauts", *Melanges de Droit romain dedis a Georges Cornil* 1926, 57.

[20] S. Di Paola, 276.

[21] D.V. Simon, 165.

[22] Овде се јавља иначе честа грешка у радовима који обрађују ову област. Наиме, *iniuria in corpore* (реална инјурија) се погрешно тумачи као повреда, а *iniuria extra corpus* (вербална инјурија), као напад на част (увреда). Међутим, ова подела није изведена на основу заштитног објекта, већ на основу радње извршења. Тако је *iniuria in corpore* не напад на тело, већ напад материјалним радњама, а *iniuria extra corpus* не напад на част, већ напад изговореним речима. Могућа је дакле и *iniuria in corpore* којом се не наноси телесна повреда, већ се вређа част оштећеног (рецимо увреда путем геста). То се најбоље види из текста D. 47.10.1.1 2: *(Ulpianus libro 56 ad edictum) Iniuriam autem fieri Labeo ait aut re aut verbis: re, quotiens manus infer untur: verbis autem, quotiens non manus inferuntur, convicium fit. Omnemque iniuriam aut in corpus inferri aut ad dignitatem aut ad infamiam pertinere: in corpus fit, cum quis pulsatur: ad dignitatem, cum comes matronae abducitur: ad infamiam, cum pudicitia adtemptatur.*

[23] Вид. више у нашој литератури С. Аврамовић, „*Hybris* у античкој Атини правни аспекти и савремени изазови", *Зборник Матице српске за класичне студије* 10/2008, 203 222. То је случај „чувеног" шамара који је извесни Мидија ударио у театру младом Демостену за време свечаности у част Дионисија, због чега га је Де мостен тужио за *hybris* у познатом спору Demosthenes, *Contra Meidias* XXI.

1) увео је тужбу с проценом уместо претходне девалвиране фиксне законске композиције;[24]
2) проширио је инјурију на неке до тада непредвиђене случајеве;
3) донео је допунске процесне норме које су давале алтернативну активну легитимацију лицима *alieni iuris*.[25]

Постоји и могућа четврта последица преторске активности о којој нема поузданих доказа. Наиме, вероватно је Закон дванаест таблица за сва три облика инјурије предвиђао посебне тужбе.[26] Све оне су касније спојене у једну *actio iniuriarum* и то највероватније

---

[24] Вероватно је и даље остала могућност подизања тужбе од 25 аса, али из практичних разлога нико није оптирао за њу, вид. R. Wittmann (1972), 26 фн. 5. Спорно је и питање да ли је у сваком случају била могућа процена рекуператора. Наиме, постоји мишљење да је претор дозвољавао процену рекуператора само у тежим случајевима инјурије или само у случајевима повреде јавног реда. О томе види *ibid*., 28; H. F. Hitzig, *Iniuria, Beitrage zur Geschichte der Iniuria im griechischen und römischen Recht*, München 1899, 64; M. Bongert, „Recherches sur les Récupéra teurs", *Varia etudes de droit romain* 1952, 265; M. Kaser, *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1996, 142.

На овом месту највише пажње науке привлачи феномен *генералног едикта о инјурији*. Наиме, у тексту D. 47.10.15.26. постоји помен *генералне тужбе о инјурији*. Затим постоји Гелијево сведочанство (16.10.8. и 20.1.37 38) о едикту који уводи тужбу са проценом. На крају имамо помен преторовог едикта који захтева од тужиоца да спецификује у чему се састоји њему нанета повреда која је повод тужбе. D. 47.10.7.pr. О томе да ли се у сва три случаја ради о једном едикту, шта је била његова садржина, како је гласила едиктална норма, како се овај едикт називао у кла сично доба и да ли је он уопште постојао, води се веома интересантна расправа: E. Polay, 99 и 96 фн. 22; M. Kaser (1971), 623 624; D. V. Simon, 179; R. Wittmann (1974), 299 307 и (1972) 25 27.

[25] *Ait praetor: „Si ei, qui in alterius potestate erit, iniuria facta esse dicetur et neque is, cuius in potestate est, praesens erit neque procurator quisquam existat, qui eo nomine agat: causa cognita ipsi, qui iniuriam accepisse dicetur, iudicium dabo". D. 47.10.17.10, Ulpianus libro 57 ad edictum*. Дакле, лице *alieni iuris* се активно легитимише у спору који се води поводом увреде или телесне повреде причињене њему, у случају да је његов патерфамилијас одсутан. Јасно је да овде није реч ни о каквом проширењу инјурије, већ о преторској интервенцији с циљем спречавања застаревања тужбе. У време у које је донет овај едикт, вероватно је промет људи био већ толики да је било уобичајено (или барем могуће) да патерфамилијас буде одсутан из Рима дуже од годину дана, за које време је тужба застаревала.

[26] О томе R. Wittmann (1972), 11. Он сматра да је сложени деликт који садржи *membrum ruptum*, *os fractum* и инјурију немогућ у Закону дванаест таблица, јер то противречи његовој казуистичкој природи, јер не постоји истоврсност санкција и јер би се инјурија у ужем смислу јавила као општи облик у односу на *membrum ruptum* и *os fractum*, што би било правнотехнички на нивоу вишем од нивоа Закона дванаест таблица. Зато сматра да, када Гај говори о интегрисаном деликту инјурије, он то чини с аспекта права свог доба и постедикталне инјурије, а да је идеја о тродродном деликту Закона дванаест таблица анахронизам. Такође И. Пухан, 479. Да је то истина показује и поређење инјурије са деликтом крађе Закона дванаест таблица. Крађа

тако што је претор у једном тренутку одобрио подизање тужбе за инјурију *alteri facta* и за *membrum ruptum* и *os fractum*. Тако су изворне тужбе за ова два деликта пале у заборав. Ако прихватимо тезу да је инјурија првобитно била увреда, онда нам оваква еволуција изгледа сасвим могућа.

Наиме, прво је претор уместо казне од 25 аса увео процену у сваком конкретном случају и то из два разлога. Први је свакако девалвација новца, а могући други је потреба за разликовањем повреда части различите тежине. То је вероватно довело до тога да су казне предвиђене за нанете телесне повреде[27] постале одједном знатно мање од оних које су биле досуђиване за увреду. Како је повреда телесног истовремено (не нужно, али веома често) и повреда моралног интегритета, то су се оштећени одлучивали само за тужбу за увреду, а не и за тужбе за повреде тела. Претор је широким тумачењем дозвољавао тужбу из увреде чак и у оним случајевима телесних повреда када није директно повређена част. Тужбе из деликата *membrum ruptum* и *os fractum* нису издржале коегзистенцију са *actio iniuriarum*, пале су у заборав и на тај начин су се изгубиле из видокруга каснијих правника. Како су Римљани све правне институте посматрали из угла процесне заштите, њима је све оно што је санкционисано једном тужбом изгледало као један деликт. Тако је рођена свест о томе да је првобитна инјурија у ширем смислу child тродни деликт који је сада обједињавао прелом кости (*os fractum*), сваку другу телесну повреду (*membrum ruptum*) и увреду (инјурију *alteri facta*). Како појава оваквог омнибус деликта није могла да се лако објасни, и позна античка и савремена јуриспруденција се доста намучила да објасни његово порекло. Тако су у романистици настале мало уверљиве теорије о праделикту, о инјурији у ужем смислу као о телесној повреди по остатку (нападу на тело који не оставља последице) или о инјурији у ужем смислу као о деликту по остатку (анахроној генералној норми).

На овом месту интересовање највише привлачи проширење обима инјурије. Оно је обављено у две етапе.

Првобитно проширење је изведено укључивањем у деликт три нова, до тада непостојећа облика. То су: *convicium, ademptata pudicitia* и *inuriae quae servis alienis fiunt*. Затим је, уместо даљих казуистичких проширења, претор донео едикт по коме је дозволио тужбу за свако понашање које је предузето ради повреде нечије части. На тај начин је заокружен едиктални развој инјурије.

(*furtum*) је имала за сваки посебни облик посебну тужбу. Стога је необјашњиво да су сви облици инјурије били заштићени само једном тужбом.

27 Мисли се пре свега на прелом кости, јер што се тиче облика *membrum ruptum* ту је одувек постојала некаква процена.

3.2. Делимична проширења

О садржају правног појма *convicium*[28] остала су у Дигестама два Улпијанова цитата. У првом од њих цитира преторов едикт у погледу одредбе о овом облику:

> D. 47.10.15.2. *(Ulpianus libro 77 ad edictum): Ait praetor: „Qui adversus bonos mores convicium cui fecisse cuiusve opera factum esse dicetur, quo adversus bonos mores*[29] *convicium fieret: in eum iudicium dabo".*

У другом он покушава да објасни значење претходног термина наводећи Лабеонове речи:

> D. 47.10.15.3–4. *(Ulpianus libro 77 ad edictum): Convicium iniuriam esse Labeo ait: „Convicium autem dicitur vel a conci tatione vel a conventu, hoc est a collatione vocum. Cum enim in unum complures voces conferuntur, convicium appellatur quasi convocium. „*

Дакле, овде је реч о посебној врсти увреде нанетој од стране више лица, која се наноси извикивањем погрдних речи. У Риму се сав живот одвијао на јавним местима, много више него што је то данас случај. Зато је и разумљива оваква реакција једног таквог друштва, преосетљивог на повреде угледа. Међутим, по цитираним речима Лабеона, овај облик деликта је могућ и у случајевима када оштећени није присутан:

> D. 47.10.15.7. *(Ulpianus libro 77 ad edictum): Convicium non tantum praesenti, verum absenti quoque fieri posse Labeo scribit.*

Како се *convicium* састоји у изговарању, од стране више лица, ствари које наносе штету туђем угледу, то савремена романистика[30] под њега подводи и оно што се данас означава као *клевета.*

О овом облику инјурије остало је још једно веома важно сведочанство, иако по свему судећи, није дошло од правника. Реч је о реторском спису *Auctor ad Herennium*:

> Auctor ad Herennium, 4.25.35: *Iniuriae sunt, que aut pulsatione corpus (aut) convicio auris, aut aliqua turpitudine vitam cuispiam violant.*[31]

---

[28] Иначе, ово је једини преторски облик инјурије чије је постојање у науци неспорно.

[29] Дефиницију фразе *adversus bonos mores* оставио нам је Улпијан*: Idem ait „adversus bonos mores" sic accipiendum non eius qui fecit, sed generaliter accipien dum adversus bonos mores huius civitatis.* D. 47.10.15.6. Реч је дакле о објективном, а не субјективном критеријуму. Витман сматра да је даља историјска еволуција овог правног стандарда омогућила ограничење свих облика инјурије на скривљена понашања, R. Wittmann (1972), 30.

[30] E. Polay, 103.

[31] До данас је ауторство списа спорно, иако се сматра да је највероватнији аутор Квинт Корнифиције, претор из осамдесетих година првог века пре н. е.

Овде се доводе у везу инјурија, напад на телесни и напад на морални интегритет. Ова реченица је дала повода појединим ауторима да закључе да је *convicium* настао преторовим проширивањем тужбе за телесне повреде[32]. Но, изгледа да је ту ипак пре било речи о реторској фигури, него о историјскоправној тврдњи о развоју инјурије.

Следеће проширење обима деликта изведено је установљењем још једног посебног облика увреде. То је *ademptata pudicitia* (напад на добро име мајке породице или младог човека). Два најважнија сведочанства о овом облику инјурије долазе нам од Гаја и од Улпијана:

> Gaius, Inst. 3.220: *Iniuria... comitittur... (si) quis materfamilias, praetextatum adsectatus fuerit, et denique aliis pluribus modis.*
>
> D. 47.10.15.19–22. *(Ulpianus libro 77 ad edictum): Tenetur hoc edicto non tantum qui comitem abduxit, verum etiam si quis eorum quem appellavisset adsectatusve est. Appellare est blanda oratione alterius pudicitiam adtemptare: hoc enim non est convicium, sed adversus bonos mores adtemptare. Qui turpibus verbis utitur, non temptat pudicitiam, sed iniuriarum tenetur. Aliud est appellare, aliud adsectari: appellat enim, qui sermone pudicitiam adtemptat, adsectatur, qui tacitus frequenter sequitur: adsiduo enim frequen tia quasi praebet nonnullam infamiam.*

Дакле, овде се ради о три различита подоблика. Први је праћење мајке породице или непунолетне особе (*adsectari*), други је одвођење пратилаца, без којих њихово појављивање у јавности није прикладно (*comitem abducere*), а трећи добацивање овим особама на јавном месту (*appellare*).[33]

---

[32] R. Maschke, *Die Persönlichkeitsrechte des römischen Iniuriensystems*, Breslau 1903, 38; U. von Lübtow, 145.

[33] Код овог облика инјурије се јављају три битне карактеристике, и то две у изворима, а трећа у његовој етиологији. Наиме, када Улпијан говори о овом деликту не цитира едикт *ad verbum*, као у осталим случајевима. Он говори о едикту апстрактно, не назначавајући о ком се тачно едикту ради. Затим, он овде цитира Лабеона само када је реч о подоблику одвођења пратиоца, тј. цитира Лабеонову дефиницију пратиоца: *Comitem accipere debemus eum, qui comitetur et sequatur et (ut ait Labeo) sive liberum sive servum sive masculum sive feminam: et ita comitem Labeo definit „qui frequentandi cuiusque causa ut sequeretur destinatus in publico privatove abductus fuerit". Inter comites utique et paedagogi erunt. D. 47.10.15.16 (Ulpianus libro 77 ad edictum).* На крају, оно што овде пада у очи је и велика казуистика у оквиру облика *ademptata pudicitia* (чак три подоблика). Ове карактеристике дају повод за неколико претпоставки. Прва од њих је тврдња да је *ademptata pudicitia* термин који се није оригинално налазио у едикту, већ је плод његове правничке обраде (E. Polay, 113). Поред тога, како се Лабеон цитира само у погледу једног подоблика, може се претпоставити да је евентуални едикт садржао само тај подоблик, а да су остали правничка казуистичка разрада едикта *ne quid infamandi causa fiat*. Добар аргумент за то нам даје сам Гај (*Gaius, Inst*. 3.220) који помиње само подоблик одвођења пратиоца (иако помиње и друге могуће начине). На крају, како цитирања посебног

Трећа преторска форма инјурије је тортура туђег роба. О њој Улпијан каже:

D. 47.10.15.34. *(Ulpianus libro 77 ad edictum): Praetor ait: „Qui servum alienum adversus bonos mores verberavisse deve eo iniussu domini quaestionem habuisse dicetur, in eum iudicium dabo. Item si quid aliud factum esse dicetur, causa cognita iudicium dabo“.*[34]

Овде се ради о једном чудном случају. Наиме, тортура роба се сматра нападом на част његовог господара. Ова едиктална одредба, уз прелом кости роба и језичко тумачење Закона дванаест таблица као и тумачење речи *iniuria* Аквилијевог закона, је један од најјачих аргумената заступника теорије о праделикту и деликту по остатку, који под инјуријом подразумевају нападе и на имовину патерфамилијаса. Како је овде јасно да се *actio iniuriarum* дозвољава и у случају напада на имовину (тј. роба) то би ова теорија била прихватљива.

Међутим, ову одредбу треба посматрати у њеном историјском контексту и у оквиру развоја приватних деликата у периоду од V века пре н. е. па до доношења поменутог едикта. Прво, у Закону дванаест таблица[35] се повреда роба систематизује поред повреде слободног човека, а не поред одредаба о повреди имовине. Тако је роб ту био човек, а не ствар. Дакле, роб се овде сматрао субјектом права ниже врсте, па је напад на његов телесни интегритет сматран такође деликтом, али учињеним против њега. Непуна два века после тога, у време тектонских промена римског друштва, доноси се Аквилијев закон о штети.[36] Овај закон роба дефинише као ствар, дакле као објект права. Тако се сада повреда роба сматра нападом на имовину власника, а не на интегритет роба. Како роб више није субјект права, па као такав не ужива заштиту свог тела и угледа, јавила се ситуација да је кажњив само онај напад на роба који оставља последица на његовом телу, односно узрокује штету његовом власнику. Тако се развојем права јавила једна интересантна правна празнина. Злостављање туђег роба

едикта нема, па чак ни сведочанства да је такав посебан едикт постојао, те како су сва сачувана сведочанства (чак и она Лабеонова цитирана код Улпијана) млађа од едикта *ne quid infamandi causa fiat*, можемо да претпоставимо да посебног едикта о деликту *ademptata pudicitia* није ни било. Тако је могуће да је едикт који помиње Улпијан (D. 47.10.15.19 22) у ствари ништа друго до едикт *ne quid infamandi causa fiat*, а три подоблика само његова казуистичка обрада изведена од стране Лабеона и Улпијана.

[34] Постојање једног оваквог едикта је у науци доста спорно. Ленел примећује противуречност између овог едикта и Гајевих Институција: *servo autem ipsi quidem nulla iniuria intelligutur fieri, sed domino per eum fieri videtur.* (3.222). Lenel, *Das edictum perpetuum*, Leipzig 1907, 401. О томе и Th. Mommsen, *Römisches Strafrecht,* Leipzig 1899, 791 и R. Wittmann, (1974), 296 297.

[35] Који је иначе први писани споменик патријархалног ропства у Риму.

[36] Иначе прво писано сведочанство класичног ропства у Риму.

које не резултира телесном повредом остајало је некажњено.[37] Како се оваква појава није могла толерисати, претор је едиктом дао тужбу власнику за инјурију која је причињена његовом робу. На тај начин се дошло до правне конструкције да је напад на роба напад на част његовог господара. Јасно да се овде ради о домишљатој правној конструкцији којом се покрива правна празнина, а не о стварном проширењу обима заштите угледа и тела човека. Тако овај облик можемо само условно сматрати једним од едикталних облика инјурије.

3.3. Едикт *ne quid infmandi causa fiat*

Последњи од четири едикта, едикт *ne quid infamandi causa fiat*, је круна хонорарне заштите части. Уместо да претходном појму инјурије додаје нова друштвено непожељна понашања, претор овде уводи генералну клаузулу. Тако забрањује сва она понашања којима се вређа морални интегритет и то без обзира на њихову врсту и начин, а једино с обзиром на њихову сврху. Улпијан цитира овај едикт:

> D. 47.10.15.25. *(Ulpianus libro 77 ad edictum): Ait praetor: „Ne quid infamandi causa fiat. Si quis adversus ea fecerit, prout quaeque res erit, animadvertam“.*

О разлозима за доношење оваквог едикта он даље каже:

> D. 47.10.15.26–27. *(Ulpianus libro 77 ad edictum): Hoc edictum supervacuum esse Labeo ait, quippe cum ex generali iniuriarum agere*[38] *possumus*[39]*. Sed videtur et ipsi Labeoni (et ita se habet) praetorem eandem causam secutum voluisse etiam specialiter de ea re loqui: ea enim, quae notabiliter fiunt, nisi specialiter notentur, videntur quasi neclecta. Generaliter vetuit praetor quid ad infamiam alicuius fieri. Proinde quodcumque quis fecerit vel dixerit, ut alium infamet, erit actio iniuriarum.*

Дакле, иако Лабеон каже да је овај едикт сувишан, јер се већ постојећом тужбом пружа довољна заштита, ипак је његово

[37] Да је реч о правној празнини која је требало да буде попуњена говори и то да аквилијанска тужба и тужба из инјурије нису покривале исте случајеве: *Si quis servo verberato iniuriarum egerit, deinde postea damni iniuriae agat, Labeo scribit eandem rem non esse, quia altera actio ad damnum pertineret culpa datum, altera ad contumeliam. D. 47.10.15.46. (Ulpianus libro 77 ad edictum).*

[38] Овде се помиње генерална тужба за инјурију, а не генерални едикт како стоји у Вотсоновом преводу, вид. A. Watson, *Digesta* IV, 292. Зимон такође тврди да се у овој реченици не може говорити о генералном едикту. Вид. D. V. Simon, 179. Витман греши кад каже да из Лабеонових речи следи да је едикт *ne quid infamandi causa fiat* предвиђао само још један посебан случај инјурије. R. Wittmann (1972), 33. Наиме, на основу језичког тумачења је јасно да ово није посебан случај, већ гене рална норма под коју могу да се подведу сви случајеви инјурије (како они до тада предвиђени, тако они некласификовани).

[39] Зимон и Полај тврде да је реченица *quippe cum ex generali iniuriarum agere possumus* плод каснијих интерполација. Вид. D. V. Simon, 179; E. Polay, 143.

доношење значајно зато да не би неко понашање којим се наноси штета туђој части остало некажњено.[40]

Обратимо сада пажњу на редослед доношења едиката. Потпуно је логично и у науци неспорно да је едикт *ne quid infamandi causa fiat* био последњи. Иако га Улпијан помиње пре едикта о тортури туђег роба, јасно је да је едикт *ne quid infamandi causa fiat* крај едикталног развоја инјурије као деликта којим се штити част човека. Едикт о тортури туђег роба је страно тело у заштити овог добра, јер се њиме штити имовина, па редослед доношења едикта *ne quid infamandi causa fiat* и едикта о тортури роба остаје ван сфере интересовања овог чланка. Дакле, едикт *ne quid infamandi causa fiat* као свеобухватна генерална норма је донет нужно после едиката којим се уводе *convicium* и *ademptata pudicitia* као посебни облици повреде части који се такође могу подвести под генералну заштиту[41].

Уколико би се сада прихватио у науци доминантан став да је инјурија у Закону дванаест таблица представљала лакшу телесну повреду (односно напад на тело који не оставља трајније последице) дошло би се до апсурда. Тада би постојао један чудан и нелогичан историјски развој инјурије. Тужба за лаку телесну повреду прво би се проширила на један, па на други посебан случај увреде (на *convicium* и *ademptata pudicitia*[42]). Истовремено би општи и најчешћи случај увреде остао некажњен све до момента доношења едикта *ne quid infamandi causa fiat*. Наводно би увреда присутног одраслог мушкарца учињена од стране неког лица остала ван интересовања права од Закона дванест таблица па до доношења овог едикта[43]. Такво

[40] *Exempli causa* Улпијан наводи ношење неадекватне одеће, певање погрдних песама и писање сатире. *Haec autem fere sunt, quae ad infamiam alicuius fiunt: ut puta ad invidiam alicuius veste lugubri utitur aut squalida, aut si barbam demittat vel capillos submittat, aut si carmen conscribat vel proponat vel cantet aliquod, quod pu dorem alicuius laedat. D. 47.10.15.27 (Ulpianus libro 77 ad edictum).* Интересантно је да овде Улпијан певање погрдних песама сврстава у ону групу понашања која би остала несанкционисана да није донет овај едикт. То значи да та понашања до тада нису могла да се подведу под било коју законску или преторску норму. Дакле, ово је доказ да *malum carmen* (у смислу *carmen famosum*, односно певање погрдних песама) није никад постојао као посебни облик инјурије. Није постојао пре тога, јер га у супротном Улпијан не би поменуо као некласификован напад на част, нити после тога, јер се доношењем генералне норме изгубила потреба за увођењем нових појединачних облика.

[41] Даубе такође примећује да је едикт *ne quid infamandi causa fiat* настао зато да би допунио празнине које су ипак постојале после доношења претходних едика та. D. Daube, „Ne quid infamandi causa fiat", *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano e di Storia del Diritto, III,* Verona 1951, 417.

[42] Наравно уколико се прихвати став да је *ademptata pudicitia* постојао као посебан едиктални облик инјурије.

[43] Извесну празнину у инкриминацији повреде части овде је својевремено видео Пухан, али је он сматрао да је она била попуњена деликтом *malum carmen*. И. Пухан, 480. Витман, који иначе инјурију у ужем смислу дефинише као лакши напад

тумачење настанка овог института је потпуно неприхватљиво и то из три разлога. Прво, републикански Рим био је друштво јако осетљиво на повреду части. При том би повреда части одраслог мушкарца морала бити друштвено непожељнија него повреда части детета или жене према схватањима таквог патријархалног друштва. Затим, с обзиром на правничку генијалност Римљана, немогуће је прихватити да би они прво регулисали ретке и атипичне ситуације (*convicium* и *ademptata pudicitia*), па тек онда оне које су честе и типичне. На крају нам и сам Лабеон (кроз цитат Улпијана) не даје за право да тако нешто претпоставимо:

> D. 47.10.15.26. *(Ulpianus libro 77 ad edictum): Hoc edictum supervacuum esse Labeo ait, quippe cum ex generali iniuriarum agere possumus.*

Дакле, и пре доношења едикта *ne quid infamandi causa fiat* постојала је некаква заштита части коју Лабеон назива *општом (генералном)*, која је у већини случајева овај едикт чинила сувишним, али под коју се ипак нису могла подвести сва увредљива понашања. Овакву *општу* и широку заштиту је немогуће замислити, а да она у себи не садржи основни облик увреде, као повреду части присутног мушкарца учињену од стране неког лица. Да је то истина потврђују нам и Улпијанови примери несистематизованих могућих облика напада на част,[44] међу којима нема оваквог основног облика, који он сигурно не би пропустио да помене да је ту спадао. Тако нам се чини да је неодржив конвенционални став о инјурији, као санкцији напада на тело која је касније проширена на заштиту части.

Међутим, уколико бисмо прихватили тезу о инјурији *alteri facta* Закона дванаест таблица као о деликту увреде, едикте позне републике бисмо могли лакше да објаснимо. Наиме, већ постојећем деликту увреде претор је казуистички додавао неке нове атипичне, а самим тим и спорне случајеве увреде који су заслуживали да буду кажњени. Како је оваквих дотада несистематизованих понашања бивало све више, претор је прибегао јединоном рационалном правнотехничком методу – генералној норми.[45] Тако је едикт *ne quid infamandi causa fiat* коначно обухватио свако понашање предузето *infamandi causa*.

на тело, слаже се с тим да је до доношења едиката постојала празнина у цивилној заштити части. R. Wittmann, (1972), 9 фн. 38. Наиме, он сматра да је част била заштићена једино кривичним делима Закона дванаест таблица (*occentatio*). При том свој став не образлаже.

[44] D. 47.10.15.27 *(Ulpianus libro 77 ad edictum): Haec autem fere sunt, quae ad infamiam alicuius fiunt: ut puta ad invidiam alicuius veste lugubri utitur aut squalida, aut si barbam demittat vel capillos submittat, aut si carmen conscribat vel proponat vel cantet aliquod, quod pudorem alicuius laedat.*

[45] Управо због доста развијене претходне заштите оваква норма се Лабеону учинила сувишном, иако је признао да би без ње нека неадекватна понашања остала несанкционисана. D. 47.10.15.26 27 *(Ulpianus libro 77 ad edictum).*

4. ЗАКЉУЧАК

Поред осталих деликата, Закон дванаест таблица је предвиђао и приватноправни деликт увреде, односно инјурију *alteri facta*. Овај деликт је био санкционисан законском композицијом од 25 аса. Његов даљи развој је одређен брзим и коренитим променама римског друштва. Нове друштвене потребе дошле су до изражаја у преторским едиктима другог и раног првог века пре н. е.

Због пада вредности новца, уместо фиксне композиције уведена је тужба са проценом. Вероватно је претор широким тумачењем ову тужбу дозвољавао и у случајевима телесних повреда без директне повреде части. Могуће је да је баш ова тужба оно везивно ткиво које је интегрисало и изградило оно што су класичари назвали деликтом инјурије, који чине *membrum ruptum*, *os fractum* и *iniuria alteri facta*.

Како су углед, част и њихове повреде променљиви појмови који се брзо мењају са друштвеним прогресом, то су управо они чинили поље увођења нових едикталних инкриминација. Првобитни законски деликт увреде је прво проширен на поједине мање уобичајене, али друштвено непожељне случајеве. Посебним едиктима су у појам увреде укључени *ademptata pudicitia* и *convicium*. Тако су приватним правом санкционисани одвођење пратилаца матроне, добацивања на јавном месту, недолична праћења жена и младих особа, као и увреда нанета од стране групе учинилаца. Начини повреде части су бивали све разноврснији, па је претор напустио казуистичку концепцију заштите части и донео едикт *ne quid infamandi causa fiat.* На тај начин су генералном нормом за приватни деликт проглашена сва понашања предузета *infamandi causa*.

Andrija Katančević, LLM

Assistant Lecturer
University of Belgrade Faculty of Law

INIURIA ALTERI FACTA OF THE PRECLASSICAL ROMAN LAW

Summary

This is an attempt to offer a new reading of a short sentence of the Twelve Tables, and to solve the puzzle of the legal protection of honor in preclassical Roman law. Relying on various opinions expressed in the

literature, here are given a new answers to the two questions. Firstly, what the Twelve Tables included under the *iniuria alteri facta*. Secondly, how did the delict spread to the notion of *iniuria* of whom the classical lawyers wrote. Author tries to challenge the generally accepted view that *iniuria alteri facta* originally was light bodily injury which later included insults, proving that the legal evolution went in reverse.

Key words: *Iniuria. – Twelve Tables. – Membrum ruptum. – Os fractum. – Praetorial edict. – Insult.*

ПОЛЕМИКА

УДК 346.545/.546(497.11)

Др Дијана Марковић-Бајаловић

ванредни професор Правног факултета Источно Сарајево
председник Комисије за заштиту конкуренције

ПРЕТИ ЛИ ЈАСНА И НЕПОСРЕДНА ОПАСНОСТ ОД НОВОГ ЗАКОНА О ЗАШТИТИ КОНКУРЕНЦИЈЕ?

У раду се анализирају ставови изнети у чланку професора Б. Беговића и В. Павића у претходном броју овог часописа поводом новог Закона о заштити конкуренције. Нова законска решења морају се аргументовано анализирати и из критичког, али и из афирмативног угла, јер само тако правна наука доприноси унапређењу домаћег законодавства. Овде су обрађена питања обавезе хармонизације права конкуренције са правом ЕУ, доминантног положаја и релевантног тржишта, рестриктивних споразума, контроле концентрација, као и казни и мера које Комисија за заштиту конкуренције може да изриче у складу са новим Законом. Кроз њихову анализу аутор настоји да докаже да учесницима на тржишту нови Закон не доноси опасност, већ ствара пословни амбијент у складу са европским стандардима

Кључне речи: *Конкуренција. Концентрације. Рестриктивни споразуми. Злоупотреба доминантног положаја. Релевантно тржиште. Управни спор.*

Један од задатака правне науке јесте анализа позитивних прописа ради њихове објективне, стручно утемељене оцене, указивања законодавцу на евентуалне недостатке и пропусте, као и тумачења нејасних и непотпуних правних норми, како би се олакшала њихова примена у пракси. Није добро када припадници академске заједнице поставе себи као искључиви задатак да новодонети пропис критикују, не покушавши, при том, да критици дају макар привидан ореол научне заснованости и сагледавања и друге стране медаље. Управо тако је учињено у чланку аутора Б. Беговића и В. Павића у претходном броју овог часописа,[1] чиме се изашло из оквира струке и науке и прешло на терен критичког „ларпурлартизма".

[1] Б. Беговић, В. Павић, „Јасна и непосредна опасност: приказ новог Закона о заштити конкуренције", *Анали Правног факултета у Београду* 2/2009, 70 88.

Читаоци ће се можда запитати шта је аутора овог чланка подстакло да реагује.[2] Комисија за заштиту конкуренције није имала пресудан утицај на садржину новог Закона о заштити конкуренције (у даљем тексту: Закон).[3] Прва радна верзија Закона урађена је у оквиру Пројекта Европске уније за институционалну подршку Комисији за заштиту конкуренције. Предлагач Закона је Министарство трговине и услуга РС, коме припада и највећи део одговорности за квалитет нових законских решења. Поједине одредбе Закона су измењене амандманима током расправе о предлогу Закона у Народној скупштини Републике Србије. Том приликом су унете и поједине нове одредбе. Стога је за коначан изглед Закона одговорна Народна скупштина.

Комисија за заштиту конкуренције се налази у незавидној позицији, јер треба да примењује Закон који у правни систем Републике Србије уноси нова решења, о којима судска пракса и правна теорија тек треба да дају свој суд. Опортунистички приступ би стога налагао подршку свакој критици новог Закона, јер то даје основа за касније правдање евентуалних неуспеха у његовој примени. Упркос томе или управо зато, циљ овог текста је да кроз полемику с ауторима претходно наведеног чланка (у даљем тексту: аутори), анализом ставова изнетих у њему, покуша да расправу о новом Закону врати на терен уравнотежене научне и стручне дискусије.

1. О ХАРМОНИЗАЦИЈИ ДОМАЋИХ ПРОПИСА СА ПРАВОМ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

У чланку аутора се истиче да је нови закон писан под мотом хармонизације с европским прописима. То је, тврде они, непожељно из више разлога: 1) чланство Србије у ЕУ је крајње неизвесно; 2) испратити темпо бриселске фабрике закона је изузетно тешко; 3) хармонизација се најчешће своди на преписивање, без узимања у обзир постојећих околности и прописа у Републици Србији; 4) закон је направљен по мери Европе, направљен је да га спроводи велика и моћна администрација која познаје софистициране глосе које је дописао Суд правде.

Тврдња, која се износи 2010. године (или 2009. године када су, претпостављамо, аутори писали чланак), да је чланство Србије у ЕУ крајње неизвесно, могла би се приписати непознавању тренутног стања односа између Републике Србије и Европске уније. Сумњамо

[2] Ставови изнету у овом раду су искључиво лични ставови аутора, а не ставови Комисије за заштиту конкуренције.

[3] *Службени гласник РС*, бр. 51/09.

да је то разлог, јер би сваки информисани грађанин Републике Србије требало да зна да она има статус потенцијалног кандидата за чланство у ЕУ још од 2003. године, да је Споразум о стабилизацији и придруживању између ЕЗ и Србије[4] (у даљем тексту: ССП) ратификован са наше стране 2008. године, те да је Прелазни споразум о трговини и трговинским питањима између ЕЗ и Републике Србије[5] (у даљем тексту: Прелазни трговински споразум) почео обострано да се примењује новембра 2009. године.[6]

Чланом 38 Прелазног трговинског споразума, који је идентичан чл. 73 ССП, забрањују се, између осталог, споразуми између предузећа, одлуке удружења предузећа и усаглашена пракса између предузећа, чији је циљ или последица спречавање, ограничавање или нарушавање конкуренције, као и злоупотреба доминантног положаја од стране једног или више предузећа на територијама Заједнице или Србије, у целини или на њиховом значајном делу. Стране потписнице су дужне да свако поступање супротно овом члану оцењују на основу критеријума који проистичу из примене правила конкуренције која се примењују у Заједници, нарочито из чланова 81 и 82 Уговора о ЕЗ и инструмената тумачења које су усвојиле институције Заједнице.[7] Идентичне одредбе садржане су и у чл. 19 Споразума о слободној трговини у Централној Европи (CEFTA 2006)[8]

Наведеним одредбама Србија је преузела међународну обавезу да примењује правила конкуренције како су формулисана у чл. 81 и 82 Уговора о ЕЗ[9] и да их тумачи у складу са актима које су донели Савет, Комисија и Суд правде, под условом да понашања на која се та правила примењују могу да утичу на трговину између ЕЗ и Србије, односно између држава чланица *CEFTA* и Србије. Србији је тиме остављено премало места за маневарски простор. Она би могла да донесе правила конкуренције која би се разликовала од правила конкуренције ЕУ, али би могла да их примењује само на понашања која нису од утицаја на трговину између Србије и ЕЗ, односно

---

4 Закон о потврђивању споразума о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових чланица, са једне стране, и Републике Србије, са друге, *Службени гласник РС Међународни уговори*, бр. 83/08.

5 *Службени гласник РС Међународни уговори*, бр. 83/08.

6 Подаци о путу Републике Србије ка пуноправном чланству у ЕУ доступни су на веб страници: *http://ec.europa.eu/enlargement/potential candidates/serbia/relation/ index en.htm*

7 Чл. 38, ст. 2 Прелазног трговинског споразума.

8 *Службени гласник РС Међународни уговори*, бр. 88/07.

9 Уговором о функционисању Европске уније (*The Treaty on the Functioning of the European Union*, O. J. C115/2008) извршена је пренумерација чланова оснивачког уговора, тако да чл. 81 и 82 сада носе ознаке 101 и 102.

Србије и чланица *CEFTA*. Јасно је да би било апсолутно нерационално доносити и примењивати два сета прописа: један који би важио за понашања који немају утицај на трговинске односе Србије и ЕЗ, односно чланица *CEFTA*, и други који би се примењивао на понашања са таквим утицајем. Уосталом, и сами аутори констатују да су европска правила таква да је неопходно да их спроводи велика и моћна администрација, какву Србија, наравно, нема. Шта би тек било када би администрација Србије требало да примењује и сопствена правила конкуренције, различита од европских? Друго, у пракси би се појавио проблем разграничења понашања која утичу на трговину са ЕЗ, односно са чланицама *CEFTA*, од оних која такав утицај немају, што би додатно оптеретило рад тела надлежног за примену правила конкуренције. Треће, иако државе чланице Европске уније могу имати сопствена правила конкуренције, ни оне их не могу примењивати тако да дезавуишу европска правила конкуренције. У складу са начелом супрематије комунитарног права, прокламованог од стране Суда правде у случају *Costa v. ENEL*,[10] када су у супротности национална и комунитарна правила конкуренције, комунитарна правила имају већу правну снагу. Уредбом бр. 1/2003,[11] начело супрематије је дефинисано тако да државе чланице ЕУ не могу доносити правила конкуренције супротна правилима конкуренције ЕУ. Применом националних прописа не може се, на пример, забранити споразум који би био допуштен на основу чл. 81 Уговора о ЕЗ.[12] Када национални органи примењују национална правила конкуренције на понашање забрањено чл. 82 Уговора о ЕЗ, дужни су да примене и чл. 82.[13] Државе чланице могу доносити строжа правила која би се односила на унилатерална понашања предузећа (подручје примене чл. 82).[14] Државе чланице су једино слободне да самостално формулишу правна правила у сфери контроле концентрација.[15]

Сврха доношења униформних правила конкуренције и њихове уједначене примене у државама чланицама Европске уније и државама које стреме њеном приступању више је него очигледна: јединствено тржиште Европске уније не може постојати без јединствених правила игре за све његове учеснике (успостављање тзв. *level playing field*). Државе кандидати за чланство морају донети правила конкуренције

10 *Costa v. ENEL*, 6/64, 1964, ECR 585, CMLR 425.

11 *Council Regulation No. 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty*, O.J. L1/2003.

12 Чл. 3, ст. 2 Уредбе 1/2003.

13 Чл. 3, ст. 1 Уредбе 1/2003.

14 Чл. 3, ст. 2 Уредбе 1/2003.

15 Чл. 3, ст. 3 Уредбе 1/2003.

или прилагодити постојећа оним која важе у Европској унији. То је *condition sine qua non* уласка у Европску унију.

Тога су, чини се, били свесни и аутори, када су 2003. године, заједно са групом аутора објавили дело под називом *Нова антимонополска политика, предлог решења*,[16] где признају да ће у оквирима процеса стабилизације и асоцијације нашој земљи бити наметнут институционални оквир ЕУ за домаћу антимонополску политику. Разматрајући практичне опције за домаћу антимонополску политику, они дословце кажу:

„Опција А. Развој антимонополске политике која је стриктно у складу са политиком ЕУ – најбоље ће бити уколико СР Југославија (Србија и Црна Гора) приступи што је могуће брже основним начелима и механизмима антимонополске политике ЕУ. Може се расправљати о томе да ли ЕУ или САД имају бољу антимонополску политику, али су оба система мање или више заснована на истим фундаменталним начелима заштите конкуренције. С обзиром да ће СР Југославија једнога дана морати да приступи систему ЕУ (а и пре тог датума *de facto* кроз процес стабилизације и асоцијације), много је једноставније да прихвати што више тих механизама и начела у најкраћем могућем року...“

„Опција Б. Развој домаће антимонополске политике која је у ширем смислу компатибилна са начелима антимонополске политике ЕУ (основна начела политике, основна правна начела, правна терминологија, нпр. правни језик ЕУ, итд.) користећи исти општи правни оквир али уз коришћење неких од елемената антимонополске политике САД (кривична одговорност), погодних за домаћи правни и тржишни оквир, и неких од елемената који ће бити плод креативног размишљања, узимајући у обзир специфичности домаћег правног и тржишног окружења“.[17]

Аутори разматрају и опцију развоја сопственог модела антимонополске политике, које би се ослањао на америчка искуства, сматрајући да је амерички стил релативно агресивне антимонополске политике погоднији за нашу земљу због веома неконкурентних наслеђених тржишних структура. Ипак увиђају да би, услед различитости правних система, тај систем могао бити примењен само на нивоу основних начела.

Аутори се опредељују за опцију Б, имајући у виду сопствену процену да ће наша земља „приступити ЕУ тек за најмање 10 годи-

[16] Б. Беговић, Р. Буквић, Б. Мијатовић, М. Париводић, В. Павић, Р. Сепи, Б. Стојановић, Б. Хибер, *Нова антимонополска политика, предлог решења*, Београд 2003.

[17] *Ibid.*, 23.

на (2013, прим. аутор), тако да постоји довољно простора (време) за фино подешавање законодавства како би постало сасвим усклађено са *acquis communitaire*“.[18] Ипак, свесни су „да ће ова решења неминовно бити замењена решењима која су стриктно у складу са решењима ЕУ (у току процеса прикључења ЕУ)...“, због чега констатују да је домашај одступања од *acquis communitaire* „донекле ограничен, у супротном би будући задаци били преобимни“.[19] Другим речима, ако се 2003. године и могло размишљати о одступањима од решења европског права, седам година касније то више никако није могуће.

2. КОНКУРЕНЦИЈА: СТАТИЧКА ИЛИ ДИНАМИЧКА КАТЕГОРИЈА?

Законодавцу се у чланку аутора ставља на терет да конкуренцију схвата као статичку категорију, занемарујући њен динамички аспект. То је, тврде они, видљиво из дефиниције појма доминантног положаја и места које је у Закону дато институту контроле концентрација.

Неспорно је да се конкуренција може посматрати као статичка и као динамичка категорија. Ако се конкуренција посматра статички, ставља се у први план добробит потрошача која проистиче из довољне понуде, већег избора, бољег квалитета и нижих цена робе и услуга. Динамички аспект конкуренције узима у обзир допринос конкуренције укупном привредном прогресу, кроз развој нових производа и производних техника, што у коначној консеквенци такође доноси користи потрошачима.[20] Није, међутим, јасно зашто аутори сматрају да је законодавац занемарио динамички аспект конкуренције.

Доминантан положај је дефинисан чл. 15, ст. 1 Закона: „Доминантан положај на релевантном тржишту има учесник на тржишту који нема конкуренцију или је конкуренција безначајна, односно који има значајно бољи положај у односу на конкуренте узимајући у обзир величину тржишног удела, економску и финансијску снагу, приступ тржиштима снабдевања и дистрибуције, као и правне и чињеничне препреке за приступ других учесника тржишту.“ У ст. 2 и 3 истог члана утврђене су обориве правне претпоставке постојања тржишне доминације. Претпоставља се да учесник на тржишту има

[18] *Ibid.*, 23.

[19] *Ibid.*, 24.

[20] Вид. H. Demsetz, *One Hundred Years of Antitrust: Should We Celebrate?*, George Mason University School of Law, Virginia 1991.

доминантан тржишни положај, ако је његов тржишни удео 40% и већи. Претпоставља се да су два или више учесника на тржишту у доминантном положају (колективна доминација) ако између њих не постоји значајна конкуренција и ако је њихов укупни тржишни удео 50% или више. Наведени критеријуми се уобичајено користе у упоредном законодавству и пракси за утврђивање постојања тржишне доминације.[21] Те критеријуме су предлагали и ти аутори 2003. године: „Дефиниција доминантног положаја заснива се на тржишном уделу од 40% као предуслову (потребном услову) за постојање доминантног положаја, тј. предузеће (привредни субјект) чији је удео мањи од назначеног не може имати доминантан положај на тржишту. Сходно том, тржишни удео од 40% је потребан, али не и довољан услов за утврђивање постојања доминантног положаја. Уколико тржишни удео предузећа прелази 40%, примениће се други критеријуми за утврђивање тржишне моћи, тј. доминантног положаја предузећа: баријере уласку (величина, карактер, постојаност), потенцијална конкуренција (домаћа или страна), тј. суспституција произвођача, потенцијална или стварна компензирајућа моћ купаца, као и други релевантни аспекти структуре тржишта, односно тржишне моћи“.[22] Једина разлика између Законом дефинисаних критеријума и критеријума који су предлагали ови аутори 2003. године јесте у томе што је Законом дозвољена могућност да и учесник на тржишту са уделом испод 40% има доминантан положај, док аутори ту могућност апсолутно одбацују. О оправданости тог решења се може расправљати, али то превазилази оквире овог рада.[23]

Утврђивање тржишне доминације је претпоставка санкционисања понашања учесника на тржишту које се може подвести под радњу злоупотребе доминантног положаја (чл. 16 Закона). Тржишна доминација је кључан критеријум и код процене дозвољености концентрација учесника на тржишту (чл. 19, ст. 1 Закона). Постојање тржишне доминације се мора утврђивати у односу на ограничено време: време вршења радње којом се чини злоупотреба доминантног положаја, односно време након спровођења концентрације, када се процењује да ли ће се спровођењем концентрације створити или

[21] Вид. за све: R. O`Donoghue, A. J. Padilla, *The Law and Economics of 82 EC*, Hart Publishing, Oxford Portland, OR 2006, 107 173.

[22] Беговић *et al., op.cit.,* 13 14.

[23] Приметићемо само то да би примена решења аутора у пракси могла да доведе до апсурдне ситуације да учесник на тржишту са уделом 39,9% никако не може да буде доминантан, упркос постојању високих баријера уласку, непостојању потенцијалних конкурената и мале економске снаге купаца, док би учесник на тржишту са 40,5% удела у одговарајућим околностима могао да буде проглашен доминантним.

ојачати већ постојећа доминантна тржишна позиција. Ту, можда, лежи узрок схватања аутора да законодавац конкуренцију посматра као статичку категорију.

Ако се боље посматрају критеријуми изабрани за утврђивање постојања тржишне доминације, односно дозвољености концентрација, видеће се да је законодавац оставио довољно простора за узимање у обзир динамичког аспекта конкуренције. У дефиницији појма тржишне доминације наводи се критеријум правних и чињеничних препрека за приступ других учесника тржишту (баријере уласку у терминологији аутора). Овај критеријум оставља довољно простора да се критеријум величине тржишног удела релативизује. Ако су препреке за улазак на тржиште занемарљиве, чак и релативно висок тржишни удео неће бити проблематичан, под условом да се утврди постојање потенцијалне конкуренције, спремне да у релативно кратком року и у довољном обиму ступи на тржиште и учесника са великим тржишним уделом спречи да искористи своју тржишну моћ, наплаћујући монополске цене. Процена могућности ступања на тржиште потенцијалне конкуренције управо захтева да се конкуренција посматра као динамичка категорија. Законодавцу би се могло замерити што снагу потенцијалне конкуренције није експлицитно уврстио у критеријуме за утврђивање доминантног положаја, али се тај недостатак може отклонити у пракси. Јер, како је већ објашњено, препреке уласку и снага потенцијалне конкуренције су две стране једног истог огледала. Није могуће ценити критеријум баријера уласку, а не узети у обзир постојање потенцијалне конкуренције и обрнуто.

Када је реч о изабраним критеријумима за контролу дозвољености концентрација, динамички аспект је још више наглашен. Од укупно девет критеријума наведених у чл. 19, ст. 2 Закона, следећа четири неспорно одражавају став да се конкуренција мора посматрати као динамички процес: стварни и потенцијални конкуренти; правне и друге препреке за улазак на релевантно тржиште; трендови понуде и тражње релевантне робе односно услуга; трендови техничког и економског развоја.

3. ДОМИНАНТАН ПОЛОЖАЈ И РЕЛЕВАНТНО ТРЖИШТЕ

У чланку аутора се износи неутемељена теза: да се у пракси, како европској, тако и нашој, дешава да надлежно тело обично полази од претпоставке да постоји злоупотреба, па онда одреди постојање доминантног положаја, а то се најчешће ради одговарајућом манипулацијом у погледу дефинисања релевантног тржишта. Даље се изводи закључак да се Законом уводи претпоставка виности – онај коме

је пронађен доминантан положај свакако га злоупотребљава. Овим се хоће рећи да су тела за заштиту конкуренције, почев од Европске комисије, па до тела за заштиту конкуренције држава чланица и држава које теже учлањењу, склона произвољностима, субјективностима и манипулацијама, односно санкционисању злоупотреба доминантног положаја по сваку цену.

С обзиром да је наведена тврдња изречена без икакве аргументације, осим позивања на једну књигу о европској политици конкуренције, нема потребе оповргавати је. Уместо тога, задовољићемо се да наведемо цитат из најновијег саопштења Европске комисије о приоритетима у примени чл. 82:[24] „Процена да ли се предузеће налази у доминантној позицији и степена тржишне моћи коју поседује први је корак у примени чл. 82. У складу са судском праксом,[25] поседовање доминантне позиције даје посебну одговорност предузећу у питању, чији се обим мора посматрати у светлу околности сваког појединог случаја."[26]

Можемо само да претпоставимо да је став аутора ослоњен на Чикашку школу економије,[27] која је допринела да у фокус америчких антимонополских органа дођу понашања фирми са значајним (у терминологији америчког права, монополским) степеном тржишне моћи, која су подобна за елиминисање конкуренције и одржавање или јачање монополске позиције, а не могу се оправдати већом економском ефикасношћу, сасвим потискујући експлоатацију тржишне моћи (наплату монополске цене) из делокруга рада антимонополских органа. Занемарујући за овај тренутак чињеницу да Чикашка школа нема више ни у САД пресудан утицај на антимонополску политику,[28] потребно је истаћи да су поља примене чл. 82 Уговора о оснивању ЕЗ и чл. 2 Шермановог закона, као његовог америчког пандана, донекле различита. Одредба садржана у чл. 82 дозвољава санкционисање понашања експлоатације доминантне тржишне позиције, односно понашања која се састоје у наплати неправедне цене и наметању

---

24 *Communication from the Commission Guidance on the Commission's enforcements priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings*, O.J. C45, 24.02.2009.

25 *Nederlandsche Banden Industrie Michelin (Michelin I) v. Commission*, 1983, ECR 3461; *Tetra Pak v. Commission (Tetra Pak II)*, 1993., ECR II 755; *ITT Promedia v. Commission*, 1998, ECR II 2937; *Irish Sugar v. Commission*, 1999, ECR II 2969; *Michelin v. Commission (Michelin II)*, 2003, ECR II 4071.

26 Тач. 9 Саопштења.

27 Вид. Б. Беговић *et al.,* 28 31.

28 Вид. R. Pitofsky, *How the Chicago School Overshot the Mark, The Effect of Conservative Economic Analysis to U.S. Antitrust*, Oxford University Press, Oxford 2008.

других неправедних услова пословања,[29] што чл. 2 Шермановог закона не омогућује. Са друге стране, одредба чл. 2 Шермановог закона омогућава и санкционисање понашања фирме која нема монополску моћ, јер предвиђа „покушај монополисања" (*attempt to monopolize*) као забрањено дело, чиме се могућа сфера примене америчког антимонополског права знатно проширује у односу на европско.[30]

Када законодавац оставља широк простор за деловање, корисно је да орган који примењује прописе о конкуренцији обавести заинтересоване субјекте о приоритетима у свом будућем раду, што је и учинила Европска комисија у већ поменутом саопштењу. Став је аутора овог текста да у фокусу тела за заштиту конкуренције треба да буду радње усмерене на елиминисање конкуренције, иако је у домаћој јавности још широко уврежено схватање да та тела треба да санкционишу монополисте само због тога што су монополисти. Контролом цена које наплаћују доминантни тржишни учесници орган за заштиту конкуренције би се претворио у регулатора цена, што у условима слободног тржишног привређивања никако не сме да буде његов приоритетан задатак.

Одређивање релевантног тржишта је у тесној вези са утврђивањем доминантног положаја. Аутори оптужују тела за заштиту конкуренције да манипулишу овом категоријом како би се вештачки установило постојање тржишне доминације и онда када је нема. Логика њиховог размишљања је јасна. Ако се релевантно тржиште уско одреди, тржишни удео учесника на релевантном тржишту се повећава, те је врло вероватно да ће се извести закључак о постојању доминантне тржишне позиције. Но, аутори не дају никакву аргументацију да се у пракси тако поступа.

Они даље замерају законодавцу што је из нове Уредбе о критеријумима за одређивање релевантног тржишта[31] избачен тест претпостављеног монополисте, као метод за одређивање релевантног тржишта.

Правилно одређивање релевантног тржишта јесте једно од најзначајнијих и најконтроверзнијих питања права конкуренције, што има за последицу да се одлуке тела за заштиту конкуренције најчешће покушавају оспорити управо с аспекта одређивања релевантног тржишта. Пренебрегава се (можда намерно) чињеница да проблем од-

[29] Чл. 82 тач. а) Уговора о оснивању ЕЗ. Пандан овим одредбама је одредба чл. 16 ст. 2 тач. Закона о заштити конкуренције РС.

[30] A. Jones, B. Surfin, *EC Competition Law, Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, Oxford 2004, 296.

[31] *Службени гласник РС*, бр. 89/09.

ређивања релевантног тржишта постоји само када роба која је у питању има близак супститут са становишта њених купаца, односно када постоје произвођачи (продавци) који могу у кратком року и без већих трошкова да на тржишту понуде предметну робу.[32] Отуда није неопходно да се у сваком конкретном случају примењују економски тестови који ће дати одговор на ова питања. У неким случајевима релевантно тржиште је сасвим очигледно, као на пример, у случају постојања законских монопола, или у случају када роба у питању уопште нема супститут.[33] Ако би се од органа за заштиту конкуренције захтевало да и у тим случајевима примени тест претпостављеног монополисте, то би се не само супротстављало начелима економичности и ефикасности поступка, већ и здравом разуму.

Заборавља се да је тест претпостављеног монополисте у европску праксу уведен актом Европске комисије који нема правно обавезујући карактер.[34] Уколико би се тест унео у предметну уредбу, на чему аутори инсистирају, то би за последицу имало апсурдну ситуацију да се тест мора применити у сваком поступку који Комисија води, јер би у противном све њене одлуке могле да буду поништене због погрешне примене материјалног права.

О недостацима и ограничењима теста претпостављеног монополисте је више пута указивано у литератури.[35] Поменимо само нека од њих: недостатак статистичких података за примену економских модела који су основа теста, неадекватност теста за одређивање релевантног тржишта у случајевима злоупотребе доминантног положаја,[36] (не)објективност економских анализа које стране у поступку подносе

[32] Економским језиком речено потребно је утврдити да ли постоји супсти туција на страни понуде и на страни тражње.

[33] Добар пример је случај Салфорд, који је Комисија за заштиту конкуренције водила ради утврђивања злоупотребе доминантног положаја млекара у саставу *Dan ube Foods Group* на тржишту откупа сировог млека (Одлука Комисије у поновљеном поступку бр. 5/0 02 135/09 18 од 22.5.2009). Предмет откупа јесте сирово млеко, које нема супститут, те млекаре не могу откупљивати ништа друго до млека. Са друге стране, због забране увоза сировог млека у Србију, не постоји нико други осим пољопривредних произвођача из Србије ко би могао да понуди млеко млекарама на откуп. Нема супституције нити на страни понуде, нити на страни тражње.

[34] *Commission Notice on the Definition of the Relevant Market for the Purposes of Community Competition Law*, 1997, O.J. C372.

[35] Вид. за све: Д. Марковић Бајаловић, „Одређивање релеватног тржишта Где завршава право, где почиње економија?“, *Либерализам и заштита конкуренције*, Правни факултет Крагујевац, Крагујевац 2010, 247 261.

[36] Чувена је заблуда у случају целофана (*Cellophane fallacy*), када је Врховни суд САД погрешно закључио да се целофан налази у конкуренцији са другим савитљивим материјалима за паковање, јер је произвођач, компанија *Du Pont*, већ искористила своју монополску моћ и толико подигла цене целофана, да га је вештачки довела у конкуренцију са другим материјалима за паковање. Види: Р.

да би поткрепиле своје тврдње.[37] Отуда проблем није у мањкавости прописа, већ у недостатку егзактних и практично примењљивих економских метода за правилно одређивање релевантног тржишта.

Занимљиво је да су се аутори 2003. године залагали за методологију одређивања релевантног тржишта која води његовом ужем дефинисању него када се примени методологија коју прописује актуелна уредба. Они такође констатују да дефиниција релевантног тржишта производа треба да се састоји од супституције производа (њихов израз за супституцију тражње – *demand substitutability*) и супституцију произвођача (супституција понуде – *supply substitutability*), али се залажу за то да је „за прилично мало домаће тржиште боље да се у дефинисање тржишта не укључују супституције произвођача, нарочито имајући у виду да ће добар део супституције доћи из увоза, тј. да је готово немогуће добити релевантне информације о супституцији произвођача конкретног производа“.[38]

4. РЕСТРИКТИВНИ СПОРАЗУМИ

Основна замерка законодавцу у погледу начина регулисања рестриктивних споразума јесте недостатак подзаконских аката којима би се ближе уредила садржина појединих категорија споразума, у европској пракси названих блок или групна изузећа. Можемо само констатовати да је време оповргло критичаре. Крајем фебруара 2010. Влада Републике Србије је усвојила три уредбе којим се уређују услови за групно изузеће споразума о специјализацији, споразума о истраживању и развоју и вертикалних споразума.[39]

Неупутно би било услове за групно изузеће уносити у текст закона, јер је општепознато да се европска регулатива о групним изузећима доноси с ограниченим роком трајања, односно да подлеже повременим ревизијама. Ако би се услови изузећа из европске

Geroski, R. Griffith, *Identifying Anti Trust Markets*, The Institute for Fiscal Studies, Lon don 2003, 7.

[37] Вид. H. Hovenkamp. *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*, Har vard University Press, Cambridge, MA London 2005, 77 91.

[38] Б. Беговић *et al.,* 69 70.

[39] То су: Уредба о споразумима о истраживању и развоју између учесника на тржишту који послују на истом нивоу производње или дистрибуције који се изузимају од забране, Уредба о споразумима о специјализацији између учесни ка на тржишту који послују на истом нивоу производње или дистрибуције који се изузимају од забране и Уредба о споразумима између учесника на тржишту који послују на различитом нивоу производње или дистрибуције који се изузимају од забране (*Службени гласник РС*, бр. 11/10).

регулативе унели у законски текст, то би значило да свака измена европске регулативе повлачи измену закона.

5. КОНТРОЛА КОНЦЕНТРАЦИЈА

У погледу контроле концентрација, у чланку аутора констатује се следеће, да: 1) контрола концентрација не би требало да буде приоритет политике заштите конкуренције у Србији, из једног основног разлога – концентрације повећавају производну ефикасност; 2) законодавац оставља простора за дискрецију Комисије, која може да забрани концентрацију ако процени да ограничава, нарушава или спречава конкуренцију, а да стицање или јачање доминантног положаја није потребан услов; 3) пракса Комисије у последњих неколико година одвраћа привредне субјекте од понашања које је друштвено пожељно. Невољно се признаје да Комисија не сноси одговорност за велики број пријава концентрација, јер је то била последица ниских прагова за пријаву концентрација прописаних претходним законом.

Аргумент повећања економске ефикасности се често истиче у делима која се баве питањем пожељности и домашаја контроле концентрација у праву конкуренције. Овај аргумент није довољно снажан да оспори сваку потребу контроле концентрација, али може да утиче да политика контроле концентрација постане толико блага, да се може поставити питање зашто се уопште спроводи?[40] У теорији се износе ставови, поткрепљени економском аргументацијом, да учесници у концентрацијама често имају превелика, неоправдана очекивања у вези са ефикасношћу коју намеравају да постигну путем концентрације.[41] Друго, да се већа ефикасност може постићи и другим средствима, као на пример, интерним растом. Не упуштајући се у анализу оправданости тих ставова, за коју овде нема места, [42] указујемо да постоје два основна питања која се у вези с аргументом економске ефикасности као оправдања за концентрацију намећу: 1) да ли се већа економска ефикасност може постићи и другим средствима, која имају мање ограничавајући ефекат по конкуренцију;

[40] За америчку праксу контроле концентрација у последњим деценијама XX века види код J. Baker, C. Shapiro, *Reinvigorating Horizontal Merger Enforcement*, у: R. Pitofsky, 235 288.

[41] *Ibid.*, 236.

[42] Чак и један од најистакнутијих протагониста Чикашке школе, Роберт Борк, признаје да у случају учесника на тржишту који већ имају велики тржишни удео, економска ефикасност тешко да буде мотив за концентрацију. Он сматра да контрола концентрација треба да има за циљ да на тржишту остану минимално три фирме приближно исте величине. R. Bork, *The Antitrust Paradox, A Policy at War with Itself, With a New Introduction and Epilogue*, The Free Press, New York 1993, 216 224.

2) ко има користи од веће економске ефикасности, да ли само учесници концентрације или и потрошачи?

На оба питања одговор могу дати смернице за контролу концентрација, која доносе тела за заштиту конкуренције са дугом традицијом, каква су, на пример, Савезна трговинска комисија и Антимонополско одељење Министарства правде САД. Предлогом нових америчких Смерница за хоризонталне фузије од априла 2010.[43] значај аргумента ефикасности се своди у разумне оквире. Најпре, учесници концентрације морају доказати да већу ефикасност није могуће постићи другим средствима са мање ограничавајућим ефектима по конкуренцију (*merger specific efficiencies*), као што су, на пример, раздвајање фирме или уступање права интелектуалне својине.[44] Друго, користи од повећане ефикасности морају бити толике да потиру све губитке изазване смањањем конкуренције због повећане тржишне концентрације. Објашњавајући овакав приступ, Савезна трговинска комисија и Антимонополско одељење истичу да: „антимонополско право даје конкуренцији, а не унутрашњој ефикасности, примат у заштити купаца“.[45]

Критеријум за процену дозвољености концентрација прописан чл. 19 Закона је преузет из Уредбе ЕУ о контроли концентрација.[46] Познато је да се упоредном законодавству примењују два критеријума за процену допуштености концентрација: критеријум значајног умањења конкуренције (*significant lessening of competition*) и критеријум стварања, односно јачања доминантног положаја (*creating or strengthening dominant position*). Први је прихваћен претежно у земљама англосаксонског правног круга (у Европској унији то су Велика Британија и Ирска), а други у земљама које припадају континенталним правним системима. Једна од кључних измена коју је донела Уредба 139/2004 у европско право јесте компромис између земаља англосаксонског и континенталног правног система, постигнут тако што је критеријум стварања односно јачања доминантног положаја допуњен критеријумом значајног умањења конкуренције.[47] Критеријум значајног умањења конкуренције допушта да се у по-

43 *US Department of Justice and Federal Trade Commission Horizontal Merger Guidelines*, доступно на веб сајту *www.ftc.gov/os/2010/04/100420hmg.pdf.*

44 *Ibid.*, 29.

45 *Ibid.*, 30.

46 *Council Regulation No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concen trations between undertakings*, O.J. C20, 28.1.2004.

47 Европска комисија је била за то да са потпуно напусти критеријум тржишне доминације и замени критеријумом значајног умањења конкуренције, али је наишла на противљење држава чланица из континенталног правног круга, које су сматрале да се тиме нарушава правна сигурност. Вид. A. Jones, B. Surfin, 909 916.

ступку контроле концентрација узму у обзир тзв. координисани ефекти – могућност учесника присутних на релевантном тржишту да усаглашавају своје понашање, што је карактеристика олигополских тржишта, где нема једног доминантног тржишног учесника.

Слажемо се да увођење критеријума значајног умањења конкуренције у поступак контроле концентрација умањује правну сигурност. С друге стране, циљ поступка контроле концентрације јесте да се утврди да ли ће учесници концентрације након њеног спровођења бити у могућности да наплаћују монополске цене, било самостално, због тога што имају значајну тржишну моћ, било у сарадњи (договору) са другим тржишним учесницима. Како помирити ова два циља? Чини се да и сам законодавац то настоји, стављањем нагласка на критеријум стварања, односно јачања доминантног положаја, тако што у чл. 19 ст. 1 користи речи „нарочито". По нашем мишљењу, овим се терет доказивања у поступку контроле концентрација расподељује на следећи начин. Ако Комисија утврди да се намераваном концентрацијом ствара, односно ојачава доминантан положај, на учесницима концентрације лежи терет доказивања да се концентрацијом не ограничава, односно не нарушава конкуренција. И обрнуто, Комисија би морала подробно да образложи и документује одлуку да не дозволи концентрацију која нема за последицу стварање или јачање доминантног положаја. Осим тога, корисно би било донети подзаконски акт који би прецизирао начин поступања Комисије у поступку контроле концентрација.[48]

У чланку аутора не износе се никакви докази да је пракса Комисије за заштиту конкуренције РС последњих година била таква да одвраћа привредне субјекте од концентрација. Нама се чини да је велики број концентрација о којима је Комисија морала да одлучује током важења старог закона управо доказ да су учесници на тржишту улазили у процесе концентрисања, упркос наводном негативном односу Комисије према њима.[49]

48 Вид. на пример, Смернице за процену хоризонталних концентрација Ев ропске комисије (*Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings*, O.J. C31, 5.2.2004.). У тачки 43. Смерница Комисија истиче да процену могућих координисаних ефеката врши на основу доказа о координисаном понашању учесника на релевантном тржишту у прошлости или о одговарајућем понашању на другим тржиштима са сличним карактеристикама. Овим се знатно сужава дискреција Комисије.

49 Какав је стваран однос Комисије лако се може проверити увидом у њене годишње извештаје, доступне на сајту *www.kzk.org.rs* . У 2006. години, од 36 пријављених концентрација, Комисија је условно одобрила једну и забранила једну концентрацију. У 2007. години, од 99 одобрених концентрација, свега три су условно одобрене. У 2008. години, Комисија је одобрила 133 концентрације, од чега четири условно. У 2009. године је одобрила укупно 98 концентрација, од чега две условно.

Законодавцу се замера још што је прописао обавезу пријаве концентрације у ситуацији када учесници у концентрацији имају укупан годишњи приход на светском нивоу већи од 100 милиона евра, при чему макар један учесник има укупан годишњи приход на домаћем тржишту већи од 10 милиона евра. Тиме се, тврде аутори, одвраћају стране директне инвестиције, којима се начелно само јача конкуренција на домаћем тржишту.

Одређивање законских прагова, чијим испуњењем настаје обавеза претходне пријаве концентрације надлежном органу, има два, често сукобљена циља: са једне стране, да обухвати све „проблематичне" концентрације, а са друге стране, да не оптерети превише администативни капацитет, који је, по правилу, недовољан. Међународна мрежа за конкуренцију (*ICN – International Competition Network)* даје у том погледу препоруке државама чланицама, од којих треба поћи приликом одређивања прагова, који треба да буду подложни повременој ревизији.[50] Између осталог, саветује се да се приликом одређивања прагова узму у обзир упоредноправна решења.[51]

Консултацијом прописа о заштити конкуренције земаља у окружењу може се констатовати да је прописивање прага који се састоји у комбинацији годишњег прихода оствареног на светском нивоу и прихода оствареног на домаћем тржишту уобичајено, те да је праг прописан новим Законом у нивоу, или чак изнад, прагова прописаних у земљама окружења. Отуда се не може извести закључак да нови Закон ствара значајније препреке директним страним инвестицијама.[52]

У просеку, за четири године Комисија је забранила мање од 0,3% концентрација, а условно одобрила свега 2,2% концентрација.

[50] Вид. Извештај са Седме годишње конференције Међународне мреже за конкуренцију (*7th Annual Conference of the International Competition Network*), доступно на сајту *www.internationalcompetitionnetwork.org.*

[51] *Ibid.*, 11.

[52] Примера ради, мађарским законом предвиђена је обавеза пријаве концентрације ако укупан годишњи приход свих учесника на нивоу износи 54 милиона евра и најмање два учесника остварују приход од по 1,8 милиона евра. Новим хрватским законом прописан је праг 140+14 милиона евра (укупан годишњи приход свих учесника на светском нивоу, при чему најмање један остварује на хрватском тржишту 14 милиона). У Румунији постоји обавеза пријаве ако је укупан годишњи приход свих учесника већи од 10 милиона евра, при чему најмање два учесника имају по четири милиона евра прихода на домаћем тржишту. У Бугарској учесници концентрације имају обавезу пријаве ако укупан годишњи приход свих учесника на тржишту Бугарске износи 18 милиона евра, при чему циљно друштво остварује приход на домаћем тржишту од 1,5 милона евра. У Босни и Херцеговини постоји обавеза пријаве ако укупан годишњи приход учесника у концентрацији износи око 50 милиона евра, при чему је довољно да је само један учесник присутан на тржишту БиХ, независно од оствареног прихода, или, алтернативно, ако најмање два учесника остварују приход на тржишту БиХ од по 2,5 милиона евра.

Тврдња да се страним преузимањем домаћег привредног друштва јача конкуренција на домаћем тржишту је паушална. Наиме, у ситуацији када домаће привредно друштво већ заузима доминантан положај, преузимање контроле од стране економски и финансијски моћне стране компаније по правилу ће имати за последицу јачање доминантног положаја.

6. ВРЕМЕНСКИ ДОМАШАЈ ЗАКОНА

У чланку аутора износи се веома чудна и опасна теза: да прелазна одредба садржана у чл. 74 Закона оставља простора за његову ретроактивну примену. Наводи се пример решења донетог по старом закону, поништеног у управном спору након почетка примене новог закона. Аутори изналазе и решење за наводни проблем. У поновном поступку треба применити процесне одредбе новог закона, а материјалне одредбе старог закона, осим ако су материјалне одредбе новог закона повољније за учесника у поступку.

Оставићемо по страни проблеме до којих би могло доћи у пракси уколико би Комисија поступала у складу са препоруком аутора, јер би то могао да буде предмет посебне студије. Задовољићемо се тиме да констатујемо да они пренебрегавају једно од елементарних правила управног поступка. Када суд у управном спору уважи тужбени захтев и поништи оспорени акт, предмет се враћа у стање у којем се налазио пре него што је поништени акт донесен.[53] Према томе, нема примене ни материјалних, ни процесних одредаба новог закона на поступке који се воде након одлуке суда о поништају решења Комисије. У тим поступцима се искључиво примењује стари закон.

7. КАЗНЕ И ПРЕКИ СУД

Слажемо се с оценом аутора да је законодавац покушао мимикријом да одшкрине врата могућности да Комисија самостално изриче казне учесницима на тржишту. Уставно начело о подели власти[54] искључује могућност да извршни орган власти, што Комисија јесте, изриче казне. Да ли је преименовање казни у „мере заштите конкуренције“ довољно да се законско решење усагласи с уставним начелима? О томе коначан суд може дати Уставни суд, ако и када буде одлучивао поводом овог питања.

[53] З. Томић, *Опште управно право*, Београд 2009, 377.

[54] Чл. 4 Устава РС.

Приметићемо само да је у правном систему Републике Србије начело поделе власти већ нарушено давањем могућности управним органима да изричу прекршајне новчане казне у првом степену.[55] Отуда је законодавац могао да буде храбрији и назове правим именом институт уведен новим законом.

Но, само је делимично тачна тврдња да су новим законом учесници на тржишту Србије стављени у лошији положај од оних у Европи, јер морају да плате изречену казну и пре него што суд правоснажно одлучи о решењу Комисије.

Тачно је да су решења Комисије коначна и извршна. Законом је прописано да рок плаћања мере заштите конкуренције не може бити краћи од три месеца ни дужи од једне године од дана пријема решења.[56] У том периоду би, сходно законском сценарију, суд требало да правоснажно реши спор.

Аутор овог текста сумња да ће тако бити, имајући у виду да о решењима Комисије одлучује новоформирани Управни суд, који тек треба да установи сопствени темпо рада. Имајући у виду ширину надлежности која му је поверена (читава управноправна материја) и обавезу одржавања усмене расправе уведене новим Законом о управним спровима,[57] тешко је поверовати да ће тај суд моћи да испоштује рокове за одлучивање прописане чл. 72, ст. 4 и 5 Закона.

Чини се да се због нових законских решења у небраном грожђу нашла Комисија, а не учесници на тржишту. Уколико суд у управном спору поништи одлуку Комисије, или је преиначи у погледу висине казне (умањи казну), наплаћени износ се враћа учеснику на тржишту. Законодавац је, у намери да заштити буџет Републике Србије, предвидео да се из буџета враћа само номинални износ казне, док се камате и остали трошкови исплаћују на терет средстава Комисије.[58] Комисија, према томе, мора да изрекне казну уколико утврди повреду конкуренције, да је наплати и да, затим, са страхом чека на одлуку суда, јер у случају евентуалног повраћаја камата и осталих трошкова њено функционисање може да буде доведено у питање. Законска могућност одлагања извршења казне само на први поглед решава проблем, јер су услови за одлагање стриктни. Комисија може да одложи извршење решења до правоснажности судске одлуке ако би извршење нанело ненадокнадиву штету за тужиоца, а нарочито ако би вероватно

[55] Вид. чл. 285, ст. 1 Закона о прекршајима (*Службени гласник РС*, бр. 101/05, 116/08 и 11/09).

[56] Чл. 68, ст. 2.

[57] Вид. чл. 33 и 34 Закона о управним споровима (*Службени гласник РС*, бр. 11/09).

[58] Чл. 57, ст. 5 Закона.

довело до стечаја или престанка обављања делатности, под условом да одлагање извршења није противно јавном интересу.[59]

8. МЕРЕ

Аутори се залажу да учесници концентрације спроведене без одобрења Комисије или уз непоштовање датих услова плате казну, али да концентрација треба да опстане, тобож зато јер је мера деконцентрације непрактична. Они су начелно против структурних мера, јер сматрају да је њихово једино оправдање став да је величина сама по себи негативна појава.

Невоља је у томе што законодавац није дефинисао појам структурних мера и мера понашања, осим што на једном месту каже да „структурна мера може да предвиђа обавезу развргавања настале структуре учесника на тржишту, нарочито путем продаје појединих његових делова или имовине...“.[60] Питање је да ли би то и могао, чак и да је хтео, јер у упоредном закондавству и пракси нема јасне поделе на мере понашања и структурне мере. Тако би се, на пример, мере уступања права интелектуалне својине могле сврстати како у структурне, тако и у мере понашања. Њиме се налаже одређено понашање, то јест обавеза уступања патента, жига или другог права интелектуалне својине, али то понашање има структурни ефекат, јер се њиме омогућује конкуренту да ступи на тржиште, на пример, тако што ће почети да производи производ заштићен патентом. То примећује и Суд прве инстанце ЕУ у случају *ARD v. Commission* T-158/00 када констатује да „мада се чини да су преузете обавезе по својој природи бихејвиоралне, оне су ипак и структурне, јер имају за циљ да реше структурни проблем, а наиме приступ тржишту од стране трећих лица....“.

Сагласно наведеном, крајње је произвољно тумачење да величина сама по себи представља повреду Закона. Тим пре што законодавац јасно ставља до знања да мере понашања имају приоритет над структурним мерама.[61]

---

[59] Чл. 71, ст. 3 Закона. Супротно је у европској пракси, где је Комисија овлашћена да одложи извршење казне, али редовно захтева подношење докумен тарног акредитива као средства обезбеђења. Уколико страна у поступку плати казну (што је пракса) и поднесе тужбу суду, Комисија полаже плаћени износ на рачун код банке. Зависно од исхода спора камата припада Комисији, тужиоцу или се дели између њих. G. Hisrch, F. Montag, F.J. Säcker, *Competition Law; European Community Practice and Procedure*, London 2008, 1807 1808.

[60] Чл. 59, ст. 5 Закона.

[61] Чл. 59, ст. 4.

Мера деконцентрације има највише оправдања у случају концентрација које су спроведене без одобрења. У супротном би се обесмислио читав поступак контроле концентрација. Лако је претпоставити да би у одсуству мере деконцентрације, учесници на тржишту извагали корист (монополски профит) и штету (износ казне коју би морали да плате), приликом одлучивања хоће ли улазити у процес концентрације за коју надлежни орган вероватно не би дао одобрење. Технички гледано, мера деконцентрације се најлакше да спровести у случају концентрације спроведене без одобрења, јер су њени шавови још увек видљиви, те се могу распарати без велике штете по њене учеснике.

9. ЗАКЉУЧАК

Овим чланком смо настојали да покажемо да аутори Беговић и Павић нису доказали да учесницима на тржишту Србије прети јасна, непосредна или било каква опасност од новог Закона о заштити конкуренције, нити да политика заштите конкуренције има везе са персоналним саставом Савета. Само ваљано аргументована критика може допринети унапређењу прописа и праксе у области заштите конкуренције у Србији, што би морао да буде циљ свих припадника академске заједнице који заиста желе да Србија привредно просперира и да њени грађани имају бољи стандард.

Dr. Dijana Marković-Bajalović

Associate Professor
University of East Sarajevo Faculty of Law
President of the Commission for Protection of Competition
of the Republic of Serbia

IS THERE A CLEAR AND PRESENT DANGER FROM THE NEW LAW ON PROTECTION OF COMPETITION?

Summary

This piece represents a response to Professors B. Begović and V. Pavić article „Clear and present danger: Review of the new Law on Protection of Competition“, published in the previous volume of this journal. The author puts forward that only a well-substantiated analysis of the existing laws, may come as a contribution of legal science to the quality

of national legislation. This is why the author puts under the lenses the following: duty of the Republic of Serbia to harmonize the national rules on competition with the EU law, dominant position and relevant market, restrictive agreements, control of concentrations, and penalties, which may be imposed by the Commission for Protection of Competition under the new Law. The author concludes that there is no such thing as a clear and present danger from the new Law on Protection of Competition

Key words: *Competition. – Concentrations. – Restrictive agreements. – Abuse of dominant position. – Relevant market. – Judicial review.*

СТРУЧНИ РАДОВИ

УДК 341.321-053.2

Инес Церовић, мастер права

консултант у Министарству правде Републике Србије

ДЕЦА У ОРУЖАНОМ СУКОБУ И МЕЂУНАРОДНО ПРАВО

Мада је нереално очекивати да право може да буде лек за људску патњу и да елиминише погубна дејства рата, оно је ипак conditio sine qua non за штите људских права. Децу штити читав спектар различитих права за вре ме оружаног сукоба која су грубо злоупотребљавана и кршена. Иако несавр шен, постојећи корпус међународног права има потенцијал да буде солидна основа за стварање механизама подобних да се суоче с изазовима које намеће оружани сукоб и заштита деце за време његовог трајања, али је потребно да међународна заједница изврши политички притисак на државе које крше међународно признате стандарде. Овај рад истражује који су главни механизми да се постигне овај циљ и закључује да је потребно зауставити некажњивост, како на међународном, тако и на националном плану, јер право у декларативној форми само по себи није довољно да обезбеди заштиту деце и не може да умањи њихове патње до којих долази услед оружаног сукоба.

Кључне речи: *Деца војници. Конвенција о правима детета. Факултативни протокол о учешћу деце у оружаном сукобу. Комитет за пра ва детета.*

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Време у коме живимо, као и током целе историје човечанства, испуњено је бруталним и хаотичним оружаним сукобима широм света, у којима је цивилно становништво намерно и систематски нападано. Сведоци смо сукоба у којима су традиционално међународно ратно право и обичаји рата или игнорисани или грубо кршени, а људска права су предмет најтежих повреда и злоупотреба. У суровим оружаним сукобима, ратовима за национално ослобођење и грађанским ратовима, уз пораст етничког чишћења, први су на уда-

ру деца и жене. Услед промене карактера оружаног сукоба, деца су изложена убијању, сакаћењу, рањавању, одвојена су од породица, напуштена, без дома или принудно расељена. Деца се непосредно ангажују у борбама као војници, ради обављања најокрутнијих задатака. Девојчице су изложене насиљу, силовању и другим видовима сексуалног искоришћавања.[1] Деца су такође посредно погођена, кроз изгладњивање, неухрањеност и заразне болести.[2]

Иако је нереално очекивати да право може да буде лек за људску патњу и да елиминише погубна дејства рата, оно је *conditio sine qua non* за заштиту људских права. Овде ће се најпре укратко указати на типичне последице које оружани сукоб има на децу, након чега ће се представити међународни правни оквир релевантан за заштиту права деце погођене оружаним сукобом и његови домети.

2. ПАТЊЕ ДЕЦЕ КОЈЕ НАСТАЈУ КАО РЕЗУЛТАТ ОРУЖАНОГ СУКОБА

Поред страхота које деца непосредно доживљавају као резултат непријатељстава, као што су убијање и сакаћење, још већи број деце је погођен посредно, кроз гладовање, неухрањеност, епидемије и болести.[3] Деца изложена погубним утицајима рата трпе најгоре физичке, емоционалне и психолошке трауме. Упркос томе, овој најрањивијој категорији цивилног становништва је посвећено недовољно пажње, док је међународна заједница много више пажње посветила деци која су директно ангажована у непријатељствима, као што су деца војници. Свој деци у оружаном сукобу је потребно пружити адекватну заштиту и решења. Школе, здравствени центри, дечја игралишта, школски аутобуси и друга места на којима су деца окупљена никада не смеју бити мета напада. Уколико се овако нешто догоди, напади на ове објекте одмах морају бити оштро осуђени на међународном нивоу.[4]

Деца су све више злоупотребљавана у непријатељствима, било кроз директно ангажовање у борби, као деца војници, било инди-

[1] O. Otunnu, „The Convention and children in situations of armed conflict“, *Children in Extreme Situations, Proceedings from the 1998 Alistair Berkley Memorial Lecture* (Eds. L. Carlson, M. Mackeson Sandbach, T. Allen), LSE Development Studies Institute 2000, 48, *http://www.lse.ac.uk/collections/DESTIN/pdf/WP05.PDF.*

[2] C. Hamilton, T. Abu El Haj, „Armed conflict: The protection of children under international law“, *Inernationall Journal of Childen's Rights* 5/1997, 3.

[3] G. Van Bueren, *The International Law on the Rights of the Child*, Kluwer Law International, Amsterdam 1998, 340.

[4] UN. Doc: A/51/306, Promotion and protection of the Rights of Children, Impact of armed conflict on children, para. 3, *http://www.unicef.org/graca/a51 306 en.pdf.*

ректно, кроз неборбене делатности, у „традиционалним" својствима, као што су шпијуни, курири, носачи, слуге или кувари.[5] Није могуће утврдити тачан број деце регрутоване у оружаним снагама и другим оружаним групама, али неспорно је да их има више десетина хиљада, и то у свим регионима на свету, тачније, свуда где постоји оружани сукоб. Регрутована деца често долазе из дубоко дисфункционалних породица, из најсиромашнијих и маргинализованих група друштва. Она често припадају посебним верским, етничким или расним групама, нека деца су избеглице или интерно расељена.[6] Општа је перцепција да су деца послушни, јефтини војници, али и подобна за манипулисање од стране одраслих како би постали окрутни ратници, зато што њихов осећај за разликовање доброг од лошег још увек није довољно развијен.[7] Још један разлог за њихово ангажовање је пролиферација лаког, јефтиног аутоматског оружја којим чак и сасвим мала деца могу лако руковати.[8] Девојчице су, подједнако као и дечаци, трениране да се боре као војници, али су чешће ангажоване као 'жене' команданата, при чему су изложене сексуалном злостављању, силовању, прераним трудноћама и сексуално преносивим болестима. Често су деца отимана и одвођена у борбу, сакупљана на улицама или на путу до школа и натерана да се придруже оружаним снагама или другим оружаним групама. Ипак, у великом броју случајева деца се добровољно прикључују овим групама. Наравно, њихова слободна воља је под великим знаком питања. Постоји читав низ разлога због којих се деца определе на овај корак, почев од екстремног сиромаштва, освете због убистава чланова породице из супротстављених снага, етничких, религиозних или идеолошких разлога. Немајући где другде да оду, деца траже заштиту, храну и склониште.[9]

Када се сукоб заврши, деца су често трајно психолошки и емоционално траумирана и тешко је постићи њихов опоравак и рехабилитацију за нормалан живот, повратак у друштво и наставак школовања. Најтежи су случајеви када су деца била изложена сексуалном искоришћавању, стигматизована од стране средине, као и када су била натерана да учествују у вршењу тешких ратних злочина.[10]

---

[5] A. Sheppard, „Child Soldiers: Is the Optional Protocol Evidence of an Emerg ing 'Straight 18' Consensus", *Inernationall Journal of Childen's Rights* 8/2000, 38.

[6] Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces, Occasional paper No. 8, L. Peters, „War is no Child's play: Child Soldiers from Battlefield to Playground", 2005, 2, *http://www.dcaf.ch/ docs/op08 war child.pdf.*

[7] A. Sheppard, 38.

[8] R. Harvey, „A guide to international humanitarian and human rights law", Chil dren and Armed Conflict Unit, Human Rights Centre, The University of Essex, 25, *http:// www.essex.ac.uk/armedcon/story id/000044.pdf.*

[9] *Ibid.*, 26.

[10] *Ibid.*

Реинтеграција и рехабилитација ове деце представља посебан изазов за међународну заједницу и веома је важно да се овом питању посвети посебна пажња приликом планирања мировног процеса и закључивања мировног споразума.

3. ПОСТОЈЕЋИ ПРАВНИ ОКВИР

Две гране међународног права уређују област заштите деце у оружаном сукобу – међународно хуманитарно право и међународно право људских права. Међународно хуманитарно право представља компромис између хуманитарних обзира и војних потреба и садржи одредбе које регулишу заштиту како деце цивила, тако и деце војника. Деца у оружаном сукобу уживају заштиту у складу с прописима који уређују положај цивилног становништва уопште, али и у складу са специфичним одредбама које уређују положај деце у оружаном сукобу, а које су предвиђене Допунским протоколима I и II из 1977. године уз Женевске конвенције из 1949. године, који се односе на заштиту жртава у међународним оружаним сукобима (Допунски протокол I) и оружаним сукобима који немају међународни карактер (Допунски протокол II).

Женевска конвенција о заштити цивилног становништва за време рата је била први међународни споразум који је предвидео заштиту цивила у оружаном сукобу. Она се може применити на све оружане сукобе међународног карактера и може се рећи да њене одредбе представљају међународно обичајно право.[11] Ипак, ова конвенција садржи мали број одредаба којима се деци пружа посебна заштита и не примењује се на оружани сукоб који нема међународни карактер, с изузетком предвиђеним одредбом чл. 3. Он је заједнички за све четири Женевске конвенције и представља минимум правила међународног хуманитарног права која се примењују у свим оружаним сукобима која се односе на лица која не учествују непосредно у непријатељствима.[12]

Допунски протоколи I и II проширују заштиту деце у оружаном сукобу и први пут регулишу сâмо учешће деце у оружаном сукобу.[13] Тако, Допунски протокол I се бави питањем регрутовања деце у оружане снаге, али поставља минималну старосну границу за регрутовање и директно учешће у непријатељствима на 15 годи-

---

[11] International Committee of the Red Cross, J M. Henckaerts, L. Doswald Beck, *Customary International Humanitarian Law*, Vol. I Rules, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, 36.

[12] *Ibid.*, 7.

[13] G. Van Bueren, 331.

на живота. Када се ради о регрутовању особа која су навршиле 15, али нису навршила 18 година живота, приоритет би требало дати онима који су најстарији.[14] Такође, овим протоколом је предвиђено да се смртна казна за дело у вези с оружаним сукобом неће извршавати над лицем које у време извршења те повреде није навршило 18 година живота.[15] Предвиђена је и заштита у случају да је дете ухапшено, притворено или интернирано из разлога у вези са оружаним сукобом, тако што је предвиђено да ће деца бити смештена одвојено од одраслих лица, осим у случају ако су у питању породице смештене у породичним заједницама.[16] Чл. 78 се бави евакуацијом деце, истичући да евакуација деце у страну земљу неће бити предузета осим у случају да постоје ванредни разлози, и уз писмену сагласност родитеља или законског старатеља, односно, уколико се та лица могу пронаћи, лица која су по закону или обичају првенствено одговорна за бригу о деци.[17]

Допунски протокол II пружа основне гарантије деци у немеђународном оружаном сукобу у чл. 4, ст. 3. Деци ће бити пружена нега и помоћ која им је потребна, али и васпитање и поновно окупљање породице, као и склањање из непријатељских зона у безбедније подручје унутар земље, кад год је то могуће.[18] Насупрот Допунском протоколу I, Допунски протокол II регулише питање регрутације деце како од стране владе, тако и од стране других оружаних снага или група. Такође, Допунски протокол II апсолутно забрањује регрутовање деце млађе од 15 година у оружане снаге и групе. Допунски протокол I поставља ниже стандарде, обавезујући државе да предузму само „све могуће мере" да деца која нису навршила 15 година не учествују директно у непријатељствима и да се уздрже од њиховог регрутовања у своје оружане снаге.[19] Коначно, док се Допунски протокол I односи само на директно учешће у непријатељствима, Допунски протокол II забрањује сваки вид учешћа деце у непријатељствима.[20] Иако Допунски протоколи I и II у приличној мери штите децу у оружаном сукобу, њихова примена је ограничена само на време трајања сукоба. Коначно, ова два протокола никада нису достигла универзалну ратификацију.[21]

---

14 Допунски протокол I, чл. 77, ст. 2 и 3.

15 *Ibid.,* чл. 77, ст. 5.

16 *Ibid.*, чл. 77, ст. 4.

17 *Ibid.*, чл. 78.

18 R. Harvey, 10.

19 Допунски протокол I, чл. 77, ст. 2.

20 A. Sheppard, 41.

21 Допунски протокол I је ратификовало 170, а Допунски протокол II 165 држава.

Када је реч о међународном праву људских права, главни инструмент за заштиту деце и промовисање њихових права је Конвенција о правима детета (Конвенција), усвојена 1989. године. Ова конвенција је достигла скоро универзалну ратификацију.[22] Она уређује читав спектар грађанских, политичких, економских, социјалних и културних права детета, истичући приступ људским правима као међусобно повезаним, недељивим и у међусобној зависности.[23] Лајтмотив Конвенције је принцип најбољег интереса детета, а кључне одредбе које се баве питањем деце у оружаном сукобу су садржане у одредбама чл. 38 и 39.

У време када је настала, Конвенција је била виђена као јединствена прилика да се подигну стандарди права детета и да се деци пружи висок ниво заштите. Конвенција ипак није успела да подигне минимални узраст за регрутовање деце, те граница остаје на 15 година.[24] Једино што Конвенција захтева од држава уговорница је да настоје да се, у случају регрутовања, предност да најстаријој деци.[25] Прописујући обавезе државе уговорнице да поштује правила међународног хуманитарног права, постојећа правила међународног хуманитарног права су уграђена у споразум о људским правима, дајући му јединствени карактер. Конвенција на овај начин интегрише принципе како међународног права људских права, тако и међународног хуманитарног права.[26] Налажући државама уговорницама да предузму само „све расположиве мере" у циљу осигурања да деца млађа од 15 година не учествују директно у непријатељствима, Конвенција деци пружа чак и слабију заштиту у оружаном сукобу од оне која је предвиђена Допунским протоколом II, који без изузетка забрањује регрутовање ове деце и њихово учешће у оружаном сукобу у било ком облику.[27] Па ипак, виши стандарди предвиђени у Допунском протоколу II остају примењиви само под условом да држава ратификује овај међународни споразум. Значајно је истаћи да је чл. 38 једина одредба Конвенције која се не примењује на сву децу до 18. године, с обзиром да је одредбом чл. 1 дете дефинисано као свако људско биће до навршене 18. године живота.

[22] Ово је конвенција са највећим бројем ратификација у односу на било који други међународни споразум. До 1997. године све државе су је ратификовале, са изузетком САД и Сомалије.

[23] United Nations Office at Vienna, „The United Nations and Juvenile Justice: A Guide to International Standards and Best Practice", *International Review of Criminal Policy* 1990, para. 21.

[24] Конвенција о правима детета, чл. 38, ст. 2.

[25] *Ibid*., чл. 38, ст. 3.

[26] G. Van Bueren, 349.

[27] A. Sheppard, 43.

Конвенција се бави и периодом након оружаног сукоба, предвиђајући обавезе држава да подстичу физички и психолошки опоравак и социјалну реинтеграцију деце жртава оружаних сукоба.[28] Иако Конвенција не садржи клаузулу која би омогућила суспендовање права која су у њој гарантована у случају ванредног стања, овај међународни споразум ипак није подобан за реалност оружаног сукоба. Наиме, Комитет за права детета, као тело које врши надзор над применом Конвенције и њених додатних протокола, нема могућност поступања по хитним процедурама ни давања препорука ван оних које даје у својим редовним закључним коментарима и препорукама. Такође, ово тело нема мандат за разматрање индивидуалних представки нити за изрицање санкције.[29] Наравно, чак и када држава није ратификовала Женевску конвенцију о заштити цивилног становништва за време рата и Допунске протоколе I и II, она може бити обавезана да поштује међународно хуманитарно право услед обавезе која проистиче из одредбе чл. 38 Конвенције.[30] Коначно, док се Допунски протоколи I и II примењују само у ситуацијама када постоји оружани сукоб, Конвенција се примењује како за време рата, тако и за време мира, како на међународне тако и на унутрашње сукобе.

Факултативни протокол уз Конвенцију о правима детета о учешћу деце у оружаним сукобима (Факултативни протокол), који је усвојен 2000. године, а ступио је на снагу 2002. године, представља значајан напредак у односу на заштиту обезбеђену Конвенцијом. Факултативни протокол коначно поставља забрану обавезне регрутације деце испод 18 година, како у оружане снаге државе, тако и у све друге оружане групе.[31] Друго, Факултативни протокол обавезује државе уговорнице да предузму „све могуће мере" како би се обезбедило да припадници њихових оружаних снага који још нису навршили 18 година не узимају директно учешће у непријатељствима.[32] Факултативни протокол ипак не уводи потпуну забрану учешћа деце у оружаним сукобима, налажући државама уговорницама подизање минималне старосне границе за добровољну регрутацију лица у своје оружане снаге у односу на ону коју поставља постојећи међународни стандард, односно 15 година.[33] Такође, у случају да државе уговорнице дозволе добровољну регрутацију, она мора да буде заиста добровољна, при чему су регрути дужни да пруже поуздан доказ о својим годинама. Потребан је и изричит пристанак родитеља или за-

28 Конвенција о правима детета, чл. 39.

29 R. Harvey, 12.

30 C. Hamilton, T. Abu El Haj, 40.

31 Факултативни протокол, чл. 2 и 4.

32 *Ibid.*, чл. 1.

33 *Ibid.*, чл. 3, ст. 1.

конских старатеља и информисање регрута о обавезама које произилазе из војне службе.[34] Од државе уговорнице се захтева да депонује обавезујућу изјаву у којој ће предвидети минималну старосну границу од које ће бити дозвољена добровољна мобилизација у њене оружане снаге, као и да опише мере које је предузела ради обезбеђења да је ова мобилизација заиста добровољна.[35]

И поред великих достигнућа, Факултативни протокол има неколико значајних недостатака. Пре свега, њиме нису специфициране минималне године старости за индиректно учешће у непријатељствима, на међународном нивоу не постоји механизам који би омогућио његово спровођење, а већ и по самој дефиницији је тек факултативан. Такође, захтев за подизање старосне границе се не односи на војне школе.[36] Уношењем нижег стандарда „све могуће мере“, уместо „све потребне мере“ у одредби чл. 1, остављен је простор државама уговорницама да у изузетним ситуацијама дозволи да деца испод 18 година учествују у непријатељствима.[37] Наиме, оно што би у једној ситуацији било могуће може бити различито тумачено и битно ће се разликовати од једне државе до друге, у зависности од ситуације у којој се она налази.

Поред Факултативног протокола, постоје још три важна правна инструмента значајна за питање деце у оружаном сукобу. Пре свега, то је Афричка повеља о правима и добробити детета, усвојена 1990. године (ступила на снагу 1999. године), која представља први регионални споразум који је забрањивао било ком лицу млађем од 18 година да директно учествује у непријатељствима. Затим, то је Конвенција 182. Међународне организације рада о најтежим облицима дечјег рада, усвојена 1999. године (ступила на снагу 2000. године), која забрањује присилну и обавезну регрутацију деце у циљу њиховог ангажовања у оружаном сукобу. Коначно, од великог значаја за развитак заштите деце у оружаном сукобу је Римски статут Међународног кривичног суда, усвојен 1998. године, а који је ступио на снагу 2002. године. Римски статут квалификује регрутацију и мобилизацију деце млађе од 15 година или њихово коришћење за активно учешће у непријатељствима као ратни злочин, било да је у питању оружани сукоб међународног и унутрашњег карактера, и тиме заокружује међународноправни оквир који пружа заштиту деце у оружаном сукобу.[38]

[34] *Ibid.*, чл. 3, ст. 3.

[35] *Ibid.*, чл. 3, ст. 2.

[36] *Ibid.*, чл. 3, ст. 5.

[37] M. Dennis, „Newly Adopted Protocols to the Convention on the Rights of the Child“, *American Journal of Inernational Law* 94/2000, 6.

[38] Римски статут, чл. 8.

Факултативни протокол није успео да наметне апсолутну забрану свих облика регрутације деце млађе од 18 година на оружане сукобе међународног и унутрашњег карактера. Посебно питање је да ли међународни споразум о људским правима може наметати обавезе недржавним ентитетима и на који начин његове одредбе могу бити спроведене. Наиме, док међународно хуманитарно право важи за све стране у сукобу, међународно право људских права традиционално намеће обавезе само државама.[39]

4. ДИХОТОМИЈА ИЗМЕЂУ РЕТОРИКЕ И РЕАЛНОСТИ

Поред свих достигнућа, јаз између међународних правних стандарда и ситуације у пракси је већи него икада, што је јасно препознато на међународном нивоу. Свестан свих слабости примене међународног права, Генерални секретар Уједињених нација је позвао на „еру примене" међународних правних норми и стандарда у пракси.[40]

Међународна заједница је усмерила значајне напоре у циљу повећања и подстицања заштите деце у оружаним сукобима. Проблем је заузео високо место на лествици приоритета међународних организација, пре свега Уједињених нација. Велику улогу у овим настојањима има Комитет за права детета, који је у октобру 1992. године започео дискусију о проблему деце и оружаног сукоба. Комитет се стара о надзору над спровођењем Факултативног протокола, који је данас ратификовало чак 132 државе.[41] Почев од 2005. године, Комитет је кроз тумачење појединих одредаба овог протокола у својим закључним примедбама и коментарима значајно утицао на развитак различитих модела заштите деце у оружаном сукобу, усмеравајући државе уговорнице да усвоје што свеобухватнији и детаљнији правни оквир на националном нивоу и одговарајуће политике за његово ефикасно спровођење. На тај начин је дошло и до повећања глобалне свести о самом проблему, те је заштита деце рефлектована у мандатима мировних мисија и постала је саставни део мировних преговора, споразума и постконфликтних програма за рехабилитацију и реинтеграцију.[42] Ипак, ова заштита није довољна зато што Комитет

[39] R. Brett, „Child soldiers: law, politics and practice", *Inernationall Journal of Childen's Rights* 4/1996, 126.

[40] R. Harvey, 16.

[41] UN Treaty Collection, *http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src TREATY&mtdsg no IV 11 b&chapter 4&lang en* .

[42] UN doc. A/59/695 S/2005/72, Report of the Secretary General: Children and armed conflict, para. 60, *http://www.unicef.org/emerg/files/SG report cac.pdf.*

нема мандат да разматра индивидуалне представке, нити било какво овлашћење у циљу покретања или испитивања наводног појединачног случаја кршења.[43]

Савет безбедности УН је имао велику улогу у развитку заштите деце у оружаном сукобу. У свом Извештају о деци и оружаном сукобу од 9. фебруара 2005. године, Генерални секретар Уједињених нација је позвао Савет безбедности да предузме конкретне и циљне мере против оних који су одговорни за регрутацију деце војника и тешке повреде људских права, у сагласности са својим резолуцијама 1379 (2001), 1460 (2003) и 1539 (2004).[44]

Како би се приступило „ери примене", дефинисане су најтеже повреде права деце,[45] и приступило се пракси именовања оних страна у сукобу које су одговорне за наношење ових најтежих повреда[46] и употреба адекватних санкција у циљу примене међународних прописа. Резолуцијом 1612 из 2005. године, основана је Радна група Савета безбедности са основним задацима да прати примену акционих планова у циљу побољшања заштите деце у оружаним сукобима.[47]

5. МЕЂУНАРОДНИ КРИВИЧНИ СУД

Доказ да је заиста почела „ера примене" међународних стандарда који се баве заштитом деце у оружаном сукобу представља неколико важних догађаја на пољу међународног кривичног правосуђа.

Међународни кривични суд, основан Римским статутом, који је званично почео са радом 2002. године, представља први стални међународни кривични суд у историји међународног кривичног правосуђа, надлежан за кажњавање најтежих кривичних дела која су за таква проглашена од стране целокупне међународне заједнице, злочина геноцида, злочина против човечности, ратних злочина и агресије. Ово је сталан, самосталан и независан орган, који има међународноправни субјективитет и није део система Уједињених нација, иако са Уједињеним нацијама остварује сарадњу сходно одредбама Римског статута. Стварање овог суда представља израз међународне заједнице да стави тачку на некажњивост за кривична

43 R. Brett, 126.

44 UN doc. A/59/695 S/2005/72, para. 57.

45 *Ibid.,* para. 68.

46 UN doc. A/63/785 S/2009/158, Report of the Secretary General: Children and armed conflict, paras. 175 и 176, *http://www.reliefweb.int/rw/RWFiles2009.nsf/FilesByRWDocUnidFilename/EGUA 7RCRRX full report.pdf/$File/full report.pdf.*

47 UN doc. S/RES/1612 (2005), para. 8, *http://daccess dds ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/439/59/PDF/N0543959.pdf?OpenElement*.

дела која угрожавају међународни мир и сигурност и спречи будуће чињење тешких кривичних дела.

Нарочито значајан за заштиту деце у оружаном сукобу представља предмет *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, у коме се оптужени *Lubanga* терети за ратни злочин мобилизације и регрутовања деце млађе од 15 година у оружане снаге током сукоба у Демократској Републици Конго, као и коришћење деце за активно учешће у непријатељствима у контексту како међународног, тако и немеђународног оружаног сукоба.[48] Ово је први пут у историји међународног кривичног правосуђа да је неко оптужен искључиво за овај ратни злочин. Такође, Међународни кривични суд води поступак у предмету *The Prosecutor v. Germain Katanga* и *Mathieu Ngudjolo Chui*. У овом предмету оптужнице су подигнуте за регрутовање деце војника, сексуално поробљавање и силовање, поред осталих ратних злочина.[49]

Поред ових предмета који се воде пред Међународним кривичним судом, важно је поменути и пресуду коју је донео Специјални суд у Сијера Леоне у предмету *The Prosecutor vs. Brima, Kamara and Kanu*,[50] којом су бивши побуњеници оглашени кривим и осуђени на тешке затворске казне због регрутовања деце војника у Сијера Леоне. Оптужница је садржала 18 тачака, међу којима је, поред регрутовања деце војника млађих од 15 година, било обухваћено и сексуално насиље, силовање, сексуално поробљавање и присилни бракови. Пред истим судом је у току поступак против либеријског лидера Чарлса Тејлора, по 11 тачака оптужнице, између осталог, и због регрутовања и мобилизације деце и њихово коришћење за активно учешће у непријатељствима.[51]

Остаје да се види какве ће одлуке донети Међународни кривични суд у овим предметима, али сигурно је да ће оне, заједно са одлукама које је донео Специјални суд у Сијера Леоне, битно утицати на стварање судске праксе међународног кривичног правосуђа,

---

48 International Criminal Court, Case: *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC 01/04 01/06, *http://www.icc cpi.int/Menus/ICC/Situations+and+Cases/Situations/Situation+ICC+0104/Related+Cases/ICC+0104+0106/Democratic+Republic+of+the+Congo.htm.*

49 International Criminal Court, Case: *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC 01/04 01/07, *http://www.icc cpi.int/menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200104/related%20cases/icc%200104%200107/democratic%20republic%20of%20the%20congo?lan en GB*.

50 The Special Court for Sierra Leone, Case 16: *The Prosecutor vs. Brima, Kama ra and Kanu* (AFCR Case), *http://www.sc sl.org/CASES/ProsecutorvsBrimaKamaraand KanuAFRCCase/tabid/106/Default.aspx.*

51 The Special Court for Sierra Leone, Case: *The Prosecutor vs. Charles Ghankay Taylor, http://www.sc sl.org/CASES/ProsecutorvsCharlesTaylor/tabid/107/Default.aspx.*

али и на праксу националних судова и примену међународних стандарда на националном нивоу. Ови предмети представљају доказ да је међународна заједница ипак спремна да оконча дугогодишњу праксу некажњивости злочина почињених према деци.

Међународна јавност много наде полаже у Међународни кривични суд и јачање његове независности, не само због судских поступака који се пред њим воде, него и због важног места које овај суд посвећује правима оштећених и сведока тешких кривичних дела и њиховом учешћу у поступку. Римски статут садржи значајне одредбе којима се пружа заштита овим лицима током поступка, нарочито када су у питању деца,[52] предвиђа могућност накнаде за претрпљену штету[53] и посебно Одељење за заштиту оштећених и сведока у оквиру Међународног кривичног суда које је овлашћено да предложи примену одговарајућих мера заштите ових лица, различите активности за гарантовање њихове сигурности, психолошко саветовалиште и друге мере.[54] Посебно значајно је и оснивање Фонда у интересу оштећених и њихових породица[55] који се стара о заштити и остваривању права ових лица и представља независну институцију основану, као и сам Међународни кривични суд, Римским статутом.

6. ПРИМЕНА МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА НА НАЦИОНАЛНОМ НИВОУ

Сигнал који шаље међународна заједница мора бити адекватно рефлектован и на националном плану. Потребно је да се међународна искуства примене на националном нивоу и да се приступи кажњавању оних који су за време оружаних сукоба починили тешке повреде права детета.

Иако није свемоћно, право може и треба да допринесе смањењу страдања деце у оружаном сукобу. Јасно је да право не може да учини много уколико не постоји политичка воља и одговарајућа санкција. У одсуству ефективног механизма извршења, постоји опасност да закон остане само слово на папиру. Право различито функционише на међународном и домаћем нивоу. Међународна заједница предузима колективне мере када реагује на тешка кршења међународног права од стране држава, истовремено одржавајући деликатну равнотежу између заштите међународних стандарда,

[52] Римски статут, чл. 68, тач. 2.

[53] *Ibid.*, чл. 75.

[54] *Ibid.*, чл. 68, тач. 5.

[55] *Ibid.*, чл. 79.

с једне, и мирних међународних односа, с друге стране.[56] Главни циљ ове реакције је јавна осуда за активност једне државе која је у супротности са међународно прихваћеним стандардима.

Разуме се да се овај проблем не може решавати само на домаћем плану. Напротив, међународна координација и сарадња између држава и међународних организација је кључна у заштити деце у оружаном сукобу.

Државе су примарно одговорне да пруже заштиту деци у оружаном сукобу и да осигурају да они који врше тешка кршења њихових права не прођу некажњено.[57] Након ратификације свих међународних споразума који пружају заштиту деци у оружаном сукобу, напори морају бити усмерени на домаћи ниво, те је потребно предузети све потребне мере како би ови међународни стандарди били заиста примењиви у самој држави уговорници. На националном плану постоји читав систем мера које могу да се примене, нарочито на пољу кривичног права. Тако је неопходно изричито забранити регрутацију и употребу деце у оружаном сукобу и прописати их као кривична дела. Одредба чл. 6. Факултативног протокола обавезује државе уговорнице да реформишу своје домаће законодавство и успоставе одговарајуће процедуре. Примена такође подразумева обуку војске, полиције и судства, као и њихову међусобну блиску сарадњу и координацију.[58] Потребно је формирати и оснажити постојеће независне механизме за заштиту права детета који би се старали да се питање заштите деце у оружаном сукобу адекватно решава на националном нивоу.

Много више напора је потребно усмерити на питање рехабилитације након оружаног сукоба. Конвенција изричито предвиђа обавезу подстицања физичког и психолошког опоравка и друштвене интеграције деце жртава оружаног сукоба, и то у условима у којима се води рачуна о здрављу, самопоштовању и достојанству детета.[59] Факултативни протокол налаже државама уговорницама да сарађују у предузимању програма рехабилитације и опоравка деце жртава оружаног сукоба, након његовог завршетка.[6060] Комитет за права детета овде може одиграти важну улогу, давањем смерница државама уговорницама у току процеса извештавања, како би се опоравак обезбедио у безбедном окружењу у оквиру породице или алтернативног

[56] A. Cassese, *International Law*, Oxford University Press, Oxford 2001, 241.

[57] UN. Doc: A/51/306, para. 235.

[58] Coalition to Stop the Use of Child Soldiers/UNICEF, Guide to the Optional Protocol on the Involvement of Children in Armed Conflict, 2003, 38, *http://www.unicef.org/publications/files/option protocol conflict.pdf*.

[59] Конвенција о правима детета, чл. 39.

[60] *Ibid*., чл. 7.

смештаја.[61] Девојчицама које су биле жртве сексуалног насиља је потребно посветити посебну пажњу и брижљиво планирати њихов опоравак и рехабилитацију. Потребно је развити специјалне програме у циљу пружања физичке, емоционалне и психолошке подршке, али и за образовање, стицање додатних вештина и учење заната. Ако се не води рачуна о потреби жртава, друштво остаје са дугорочним проблемима, као што је пораст малолетничке делинквенције.[62]

7. ЗАКЉУЧАК

Деца имају на располагању читав спектар права за време оружаног сукоба, али су она редовно грубо кршена. Иако није савршен, неспорно је да постојећи корпус међународног права има потенцијал да буде солидна основа за стварање механизама подобних да се суоче са изазовима које намеће оружани сукоб и заштита деце за време његовог трајања. Ипак, да би се овај механизам правне заштите учинио доступним, на међународној заједници је да изврши политички притисак на државе које крше међународно признате стандарде.

Велике наде се полажу у Међународни кривични суд, чије одлуке ће несумњиво имати утицај на развитак судске праксе на међународном, али и националном плану. Такође, од значаја је да државе потписнице међународних споразума ускладе своје законодавство са преузетим обавезама и установе ефикасне механизме за њихову примену. Право у декларативној форми само по себи није довољно да обезбеди заштиту људских права.

У том контексту, речи Оларе Отунуа, бившег Специјалног представника Генералног секретара за децу у оружаном сукобу, делују као пролегомена будућег развоја ове области: „Дошао је тренутак да међународна заједница преусмери своју енергију са нормативне делатности и елаборације правних стандарда на предузимање мера за њихову примену у пракси. Данас, као никада до сада, имамо потребна нормативна, судска, институционална и политичка средства за реализацију ‘ере примене’ у заштити све деце изложене оружаном сукобу“.[63]

[61] B. V. Nylund, „International Law and the child victim of armed conflict Is the „First Call“ for children?“, *Inernationall Journal of Childen’s Rights* 6/1998, 52.

[62] R. Harvey, 10.

[63] O. A. Otunnu, „‘Era of Application’ Instituting a Compliance and Enforcement Regime for CAAC“, Statement before the Security Council, 23 February 2005, 6.

Ines Cerović, LLM

Consultant
Ministry of Justice of the Republic of Serbia

INVOLVEMENT OF CHILDREN IN ARMED CONFLICT UNDER THE RULES OF INTERNATIONAL LAW

Summary

Children are entitled to a whole range of rights during an armed conflict which are flagrantly abused and violated. Although imperfect, it is inevitable that the existing body of law has the potential to provide the impetus for the creation of the mechanisms sufficient to challenge and deal with the protection of children affected by armed conflict. It is on international community to mobilize political pressure on the states that violate the internationally accepted standards of such protection. The author explores the main mechanisms to achieve this goal, concluding that it is of the utmost importance to end the impunity at both international and national level, as law in its declaratory form is not sufficient for the protection of children, and can not reduce the harm children suffer as a result of an armed conflict.

Key words: *Child soldiers. – Convention on the Rights of the Child. – Optional Protocol on the involvement of children in armed conflict. – Committee on the Rights of the.*

ПОВОДИ

Др Велимир Ракочевић

доцент Правног факултета Универзитета у Подгорици

НЕКА СЕ ЧУЈЕ И ДРУГА СТРАНА[1][*]

Поштовани чланови академске заједнице, шокиран сам тешким клеветама Ђ. Игњатовића (у даљем тексту клеветник) изреченим у тексту „Недозвољено посезање за туђим у науци – студија случаја" објављеном у часопису *Анали Правног факултета у Београду*. Одговорно тврдим да је у тексту клеветника тачан само назив публикације и ништа више, због чега сам против окривљеног Игњатовића поднио тужбу за клевету Првом основном суду у Београду (К. бр. 18359/10).

Клеветник је на почетку јавне клевете навео цит: „На жалост принуђен сам да се овим штивом позабавим због тога што... није забележен овако драстичан случај преузимања...", крај цитата. Клеветник није рекао које су га то силе принудиле да се без разлога и на начин који нема примјера у академским круговима обруши на свог бившег студента и колегу из друге државе, газећи не само кодекс академске етике већ и елементарне норме комуникације у цивилизованом друштву, иако је био упозорен да је предмет његове „анализе", неауторизована скрипта настала као резултат мојих предавања до 2006. године. Уџбеник Криминологија из јануара 2007. године написан је у складу са највишим стандардима у овој области, па сходно томе све што је клеветник написао о уџбенику су тешке клевете. Заиста би било апсурдно да са три факултетске дипломе стечене на врло престижним универзитетима и доказаним двоеценијским практичним и научним радом преписујем од особе која има знатно мање образовање од мене.

---

[1] *Audiautur et altera pars* основно судско начело.

[*] С обзиром на карактер овог текста, Редакција у њему није интервенисала ни лекторски, не желећи да на било који начин измени садржину, тон и форму одговора.

Иако је ничим изазван напад од стране клеветника у суштини претешко омаловажавање моје личности од чијих разорних последица је опоравак немогућ, ја му нећу узвратити супротно етичким начелима (то не бих учинио према било ком члану академске заједнице), већ ћу се трудити да не повриједим његов углед и достојанство иако је он моје моралне вриједности погазио на најгрубљи могући начин. Држаћу се начела научне истине штитећи своју част и породично достојанство као и углед Правног факултета, односно Универзитета Црне Горе.

У уводном дијелу обраћања јавности клеветник импутира: „Дело др Ракочевића је компилација више радова писца овог текста и још неколико аутора... реч је о уџбенику Игњатовић Ђ. Криминологија и Криминолошко наслеђе" .

Није ми било неопходно дугогодишње искуство на откривању и расвјетљавању злочина да одмах запазим да је *физички било немогуће користити клеветникове радове од којих је један изашао из штампе знатно касније у односу на моју књигу а други у исто вријеме кад и моја публикација,* имајући у виду да се уџбеници припремају годинама. Прецизније, од радова клеветника користио сам у дозвољеним границама уџбеник Криминологија, Номос, Београд, 1996. године, који је у периоду писања књиге био мени једино доступна публикација.

Клеветник се прво устремио на Предговор тврдећи да је чак и он преписан, наводећи између осталог да је у његовом уџбенику цит.: „ Постојала потреба да се обим прилагоди захтевима болоњског процеса", крај цитата. Упоредимо само 1996. годину када је изашао из штампе уџбеник клеветника и почетак примјене болоњског процеса на овим просторима (2004. год.). У вријеме издања његовог уџбеника болоњски систем није био ни на видику, док сам ја писао књигу у периоду имплементације новог система студирања.

Клеветник тврди да је један од најбитнијих елемената за процјену оригиналности научних дјела њихова систематика и наводи да је у његовој књизи обухваћена и Социјална реакција на злочин и криминалитет.

Мој уџбеник обухвата сљедеће области: Увод у криминологију и општа криминолошка разматрања, 1. Предмет криминологије, 2. Методи криминологије, 3. Основни токови криминолошке мисли, 4. Криминолошка феноменологија, 5. Криминолошка етиологија, 6. Виктимолошка димензија криминалне појаве.

Клеветник је јединствен писац уџбеника КРИМИНОЛОГИЈЕ имајући у виду да би његовој књизи више одговарао назив КРИМИНОЛОГИЈА са ПЕНОЛОГИЈОМ јер садржи и самосталну

научну дисциплину ПЕНОЛОГИЈУ која је одавно издвојена из КРИМИНОЛОГИЈЕ, због чега мој уџбеник не садржи ову научну област. Полазећи од евидентне разлике у погледу излагања садржаја ПЕНОЛОГИЈЕ није тачна тврдња клеветника да сам преузео систематику његове књиге.

У низу нетачних тврдњи клеветник је први дио мог уџбеника окарактерисао као „парафразиран и препричан" Увод из његовог уџбеника. Погледајте садржај првог дијела мог уџбеника: 1– Увод у криминологију, 2– Криминалитет итд., док овај дио у уџбенику клеветника започиње са: 1. О интересовању за злочин, 2. Потреба научног проучавања злочина и тд. Није тешко запазити да се ради о различитим приступима.

Сљедећа инсинуација клеветника је најблаже речено невјероватна. Он импутира сљедеће: „Ракочевић је преписао на скоро девет страна рад Криминолошки лексикон М. Бошковића, Нови Сад, 1999. године уз једини изузетак формална реакција без навођења аутора", инсинуирајући да је то „незапамћен случај у литератури".

Чињенице неумољиво демантују клеветника: На страни 18 мог уџбеника пише: „У наставку излагања слиједи приказ основних појмова из криминологије и сродних дисциплина којом приликом су коришћени радови аутора: М. Бошковића, Криминолошки лексикон, Нови Сад 1999. године, Ж. Алексића и З. Миловановића, Лексикон криминалистике, Београд, 1995" и др. Рад уваженог криминолога М. Бошковића као и други његови радови цитирани су у мојој књизи у складу са стандардима више десетина пута и назначени на 435 страни у библиографији на крају публикације.

Клеветник наводи нетачне податке везане за дефиницију организованог криминалитета истичући (из само њему познатих разлога) да „моја" дефиниција организованог криминалитета гласи: „Типологија криминалних појава везана за дјелатност криминалних организација". Међутим, у мом уџбенику на страни 30 организовани криминалитет је дефинисан као: „Посебан вид професионалног криминалитета који карактерише чврста организација, хијерархијски односи, велика брзина и сналажљивост у акцијама, као и способност за брзо прилагођавање измијењеним условима" (Ж. Алексић, З. Миловановић, 1995: 36).

Клеветник је затим, у овом дијелу мог уџбеника пронашао нешто што не постоји. Он тврди да сам дефинисао Теорију етикеције која уопште није наведена у прегледу основних појмова, у мојој књизи. Откривајући да је организовани криминалитет тип криминалног понашања а не типологија, (иако је у питању модус операнди), клеветник је покушао да дискредитује и аутора Криминолошког лек-

сикона уваженог криминолога М. Бошковића чији људски и професионални интегритет изискује најдубље поштовање.

Коментаришући последњи дио Уводних излагања Криминолошка литература клеветник наводи да је „препричан“, избјегавајући да наведе да је управо поред других аутора на страни 34 мог уџбеника цитиран и он: „Под криминолошком литературом подразумијевамо само оне литералне творевине које омогућавају најпотпуније упознавање криминалног феномена...“ (Ђ. Игњатовић, Криминологија, 1996: 11).

Коментаришући Главу I, односно дио који се односи на Појам криминологије клеветник импутира да сам дефиниције криминологије преписао из његовог уџбеника и уз то злобно алудира: ...„Не либећи се да наведе књиге које никада није видео“. *Viljem Fokner* би рекао: „Треба бити човјекољубив да би се могло писати“. Због оваквог примитивизма био сам у дилеми да ли уопште да одговарам на анимализам. Ова посебно увредљива инсинуација клеветника која највише говори о њему нема упоришта у чињеницама, посебно имајући у виду да би клеветник морао завршити још два факултета који захтијевају пуно читања да би то што износи било озбиљно схваћено од оних који су досегли назначени степен едукације. Илустрације ради у његовом уџбенику на стр. 26 пише: „Мерген дефинише криминологију као емпиријску науку чији је задатак да средствима природних и друштвених наука изучава злочин, криминалног починиоца, колективног злочинца, жртву и органе друштвене контроле“. У мојој књизи на страни 36 пише: „Криминологија је самостална, интердисциплинарна и мултидисциплинарна наука, која обухвата теоријску криминологију, која се бави објектом и методима криминолошке науке, дескриптивну криминологију, која обухвата све криминолошке дисциплине, клиничку криминологију, која се бави дијагнозом, терапијом, профилаксом и прогнозом криминалног понашања.“ (Мерген, 1967: 515). И тако редом, све различито.

Клеветник даље инсинуира: „Оно што се у оригиналу означава као Подела дефиниција криминологије по обиму и значењу (сваки криминолог зна да то није клеветникова подјела), Ракочевић назива Подјела дефиниција криминологије по конотацији и обиму настављајући са преузимањем...“ Наравно чињенице говоре супротно, јер је у овом дијелу рада врло прецизно наведена подјела сваког аутора посебно, од којих издвајам на стр. 38 мог уџбеника М. Милутиновића (Криминологија, 1990:11) који сматра да: „Постоје два дивергентна схватања криминологије. Једно схватање третира криминологију као збир посебних криминолошких дисциплина, док друго покушава да је формира као посебну јединствену науку на основу збира основних схватања и закључака посебних криминолошких дисциплина..“

Ђ. Игњатовић (1996: 30–31) наводи: „Концепције о криминологији према значењу као науци о факторима криминалитета и преласку на деликт" и тсл. Наравно, цитирају се и бројни други аутори.

Нетачан је навод клеветника о преузимању његове дефиниције криминологије, с обзиром да сам у свом уџбенику на стр. 39 криминологију дефинисао као самосталну и јединствену науку, истовремено синтетичку и интердисциплинарну, која проучава етиолошку, феноменолошку и виктимолошку димензију криминалне појаве, у циљу превенције и сузбијања криминалитета, при чему се криминолошка сазнања морају заснивати на чињеницама које се могу верификовати емпиријским истраживањима уз одговарајућу репликацију и валидацију као и редукцију неолошких конструкција у назначеној области. Дефиниција криминологије од стране клеветника гласи: „Криминологија је самостална наука која користећи сазнања и истраживачке поступке наука о човеку и друштву, емпиријски проучава криминални феномен, тј. злочин, његовог извршиоца и жртву, криминалитет и начин на који друштво реагује на криминално понашање" (1996:32).

Клеветник импутира да сам од њега преписао Значај криминологије, истичући да се то огледа у томе што у мојој књизи „ова наука има епистемолошку и прагматичну димензију". Нема говора о томе, јер се у мојој књизи (стр. 44), сазнајна и практична димензија криминологије нигдје не наводе.

Грубе су дезинформације и наводи клеветника: „Текст под насловом Подела криминологије требало би убудуће умножавати и делити студентима свих нивоа студија као пример онога што не смеју радити", импутирајући да сам преписао дио књиге Криминологија чије су ауторке В. Николић и С. Константиновић.

Међутим, и ова констатација је груба неистина. Навешћу само поједине дјелове Подјеле криминологије у мојој књизи на стр. 45–51.

„Криминолошка феноменологија представља дио криминологије који се бави проучавањем спољних манифестација преступништва" (В. Пешић, Криминологија, 1981: 143), (на стр. 45 у мојој књизи).

М. Милутиновић (1990: 161) наводи да: „Предмет проучавања криминалне феноменологије обухвата појавне облике, структуру, структуралне промјене и динамику криминалитета" (на стр. 45 у мојој књизи).

С. Константиновић – Вилић и В. Николић – Ристановић (2003: 34): „Криминална феноменологија као дио криминологије разматра и проучава сљедеће: обим криминалитета као масовну друштвену

појаву, која се прати на основу статистичких података из статистичких евиденција о криминалитету...“, (на стр. 46 у мојој књизи).

„Криминална етиологија је грана криминологије која проучава узроке и услове криминалног понашања, затим објективне и субјективне чиниоце криминалитета“, М. Бошковић, 1999:159, (на стр. 46 у мојој књизи).

С. Константиновић-Вилић и В. Николић-Ристановић (2003, 35), дефинишу криминалну етиологију као: „Интегрални дио криминологије која проучава опште узроке криминалитета као масовне друштвене појаве и појединачне, посебне, непосредне узроке, услове и поводе јављања криминалног понашања тј. криминогене факторе“, (на стр. 47 у мојој књизи).

„Сваки криминални акт усмјерен је против одређеног заштитног објекта који је код конкретног дјела одређена жртва“ (М. Сингер, 1996: 287).

„Виктимологија је широка, богато садржајна, разноврсна, интердисциплинарна научна грана о свим врстама жртава, која истражује узроке, начин постанка и одвијања процеса и механизама виктимизације...“, А. Рамљак, М. Симовић, Виктимологија, Бања Лука, 2006, 5 (на стр. 47 у мојој књизи).

Сувишно је наглашавати да се у овом дијелу рада нигдје не наводи оно што клеветник импутира као нпр: „Проучавањем криминалне феноменологије бавили су се највише немачки теоретичари...“, јер се у мојој књизи ова област криминологије назива КРИМИНОЛОШКА феноменологија. Исти је случај са примијењеном криминологијом. Клеветник наводи: „Апликативна криминологија је правац у кривично правним наукама“. У мојој књизи на стр. 50: „Апликативна криминологија је правац у модерној криминологији“, и нигдје се не помињу „кривично правне нити кривичне науке“. Пазите само ову бестијалност клеветника „...Наш писац показује елементарно незнање... за такве „бисере“ се пада на испитима друге године студија“. Клеветник очигледно није свјестан да је овако ниским падом сам себе унизио, јер он није компетентан да говори о знању особе која има много јаче референце од њега у сваком погледу, посебно имајући у виду неспорну чињеницу да бављење науком о злочину подразумијева много ширу едукацију од правне и вишегодишњу праксу, у чему је клеветник изразито дефицијентан. Ко је имао прилике да чита моју књигу могао је лако запазити да оно што он импутира не постоји у мојој књизи.

Клеветник наставља цит.: „ Улога криминолога у друштву и етички кодекс криминолога, преписао је из криминологије“ (Ђ. И. К.Л.). Међутим, клеветника поново у цјелости демантују чињенице

јер у мојој књизи, нема говора о томе. На страни 57 наведено је између осталог: „Улога криминолога веома је значајна у процесу успостављања равнотеже између контроле криминалитета коју реализује држава, с једне стране, и цивилизованог друштва и његових основних вриједности, с друге стране" (*C. Nils*,1997:23), и тсл.

У овом дијелу рада разматрају се питања везана за етику у професионалној дјелатности криминолога, кодексе етике истраживача у појединим земљама, а цитиран је и клеветник на страни 59, као и бројни други аутори у складу са стандардима у савременој науци.

У наставку изношења нетачних података везаних за Главу II клеветник инсинуира да ће навести од кога сам „посуђивао". Тешко је бити у улози особе која нема другог занимања од тога да гледа туђа посла. Каже да је дефиниција метода преузета је од њега. Он дефинише метод (иако се зна аутор те дефиниције) као: „Укупност теоретских спознаја и техничких поступака које ради омогућавања нових сазнања користимо при проучавању предмета". У врло опсежном излагању о методима криминологије на стр. 60 дефинисао сам научни метод као заједничко обиљежје свих наука и модус долажења до чињеница, односно основ од којег се полази у истраживању. Гдје је клеветник пронашао „своју" дефиницију у мојој књизи то само он „зна".

Клеветник импутира да је од њега преписан појам чињеница (конкретни објективни догађај искуственог карактера...) иако аутора те дефиниције зна сва стручна јавност. У мојој књизи на стр. 60 истиче се да чињенице представљају природну цјелину и складан поредак у којем влада одређена законитост. Затим се објашњава прикупљање чињеница, њихова обрада, тумачење и тсл. Евидентно је да не постоји у мојој књизи оно о чему клеветник говори.

Сљедећа нетачна тврдња односи се на оптужбу клевентика да на три стране „преузимам" подјеле криминолошких метода према природи података и то од њега. Заиста невјероватно. Навешћу само сегменте из моје књиге на стр. 64–65:

Према Пешићу (1981:101): „У криминологији се постављају сљедећи методолошки постулати: систематичност, објективност и адекватност..."

„Имајући у виду специфичност предмета криминологије извори података о криминалитету могу, бити писани и неписани, односно примарни и секундарни" (према С. Константиновић–Вилић и В. Николић–Ристановић, 2003:46).

Цитирају се и бројни други аутори.

Сљедећа неистина односи се на оптужбу клеветника да сам: „Метод проучавања појединачних случајева и клинички метод пре-

узео од колегиница из Ниша...“ Уз дужно поштовање колегиница које су и цитиране у овом дијелу рада ипак је основу за његову израду представљала књига највећег криминолога на овим просторима М. Милутиновића. „Метод проучавања појединачних... састоји се у истраживању индивидуалних случајева делинквентног понашања, тј. у изучавању појединих делинквената у вези њиховог неприхватљивог понашања (*case method, case study*)“ . „Клинички метод обухвата сљедеће фазе: медицинско, психолошко и социјално испитивање, утврђивање криминолошке дијагнозе, социјалне прогнозе и одређивање третмана на основу криминолошке дијагнозе“, М. Милутиновић, 1990:58, (на стр. 67 у мојој књизи).

Очигледно је да и у овом контексту клеветник нема аргументацију.

Неутемељена је и његова импутација да сам анамнестички приступ, документациону анализу и тд. препричао из Ђ.И. К.Л. Илустрације ради клеветник на стр. 71 наводи *Beckerove* ријечи: „Анамнестички приступ у криминологији користи се средствима као што су животне историје“ итд. У мојој књизи на страни 69 између осталог пише: „Анамнестичке студије представљају облик аналитичких истраживања ...“.

Текстови су толико различити у компарираним књигама да се на први поглед може закључити да се не односе на исту материју

Иста је ситуација и са клеветама назначене особе типа: „ Целина која се у Ракочевићевом тексту назива Технике које се примјењују у проучавању криминалитета као индивидуалне појаве је такође преписана од колегиница из Ниша“. У књизи колегиница из Ниша: „Трансверзалне технике се састоје у проучавању делинквената у једном одређеном моменту...“, док у мојој књизи на стр. 70. пише: „Трансверзалне студије у дијелу избора испитаника обухватају групу делинквената и контролну групу“, затим се наводе критеримуми формирања и тсл.

У компарираним текстовима нема ниједне истовјетне реченице.

У вези инсинуација за „преписивање Лонгитудиналних техника“ од клеветника и колегиница из Ниша, истичем да су у мојој књизи (на стр. 71) Кохортне студије толико различите у односу на књиге назначених аутора да се не могу компарирати, посебно у дијелу критеријума примјене, фаза истраживања, доприноса проучавању криминалитета и тсл.

Оптужбе клеветника везане за наводно преписивање Метода и техника сазнавања криминалитета као масовне појаве од колегиница из Ниша и њега су толико неутемељене да ћу само навести садржаје

из моје књиге на стр. 72–82. Систематика излагања је сљедећа: Фазе криминолошког истраживања, Избор криминолошког проблема, Инструменти истраживања, Избор узорка у криминологији, Типови узорка, Врсте статистичких узорака, Величина узорка, Конструкција истраживачких инструмената, Упитник, Провјера валидности и поузданости упитника, Пилот истраживања, Хипотеза, Тестирање хипотезе, Израда плана и модалитети истраживања у криминологији, Испитивање, Интервју, Анкета, Експеримент, План реализације експеримента, Компарација, Мјерење, Тестови итд.

Огромну разлику између назначених текстова појаснићу на примјеру узорка, за који клеветник инсинуира да је преузет од њега. Клеветник је у својој књизи цитирао *Hoinville, Morisona* и др. У мојој књизи на стр. 73–74 ова тема презентирана је на сљедећи начин: Основни скуп, Подскуп основног скупа, Грешке при узорковању, Подесни узорак, Узорак процјене, Случајни узорак, Систематски узорак, Стратификовани узорак, Узорак групе, Величина узорка у функцији прецизности истраживања и нивоа статистичког повјерења и тд. Или нпр. План реализације експеримента у мојој књизи на стр. 79–80 изложен је на сљедећи начин: Операционализација независне и зависне варијабле, Селекција испитаника, Утврђивање начина контроле у експерименту, Извођење експеримента, Начин регистровања зависне варијабле, Статистичка обрада резултата и тд. Евидентно је да не постоји сличност између радова.

Више је него очигледно да се систематика излагања као и други елементи у мојој књизи битно разликују од оба рада који су предмет поређења посебно у дијелу разраде појединих сегмената које не садрже компарирани уџбеници.

Невјероватно је колико је клеветник упоран да докаже недоказиво, наводећи да је Примјена статистике у криминологији преписана од њега. Чињенице неумољиво говоре супротно. Дио књиге под насловом Основни статистички појмови и примјена статистике у криминологији на стр. 82–83 и 88–90, у мојој књизи се толико разликује од књиге клеветника, да их је незахвално упоређивати. Навешћу само садржај ове области у мојој књизи: Статистички скуп, Јединице посматрања, Атрибутивна обиљежја, Континуирана обиљежја, Дисконтинуирана обиљежја, Варијације, Варијабле, Податак, Номинална скала, Интервална скала, Скала односа, Показатељи структуре, Базни индекси, Статистички коефицијенти, Интервал варијације и тсл.

У вези тврдњи да сам наводно преузео Технике евалуације цијене криминалитета и Научну интерпретацију и објашњење резултата истраживања од колегиница из Ниша, истичем да су и ово тешке клевете. У овом дијелу рада су врло прецизно наведени аутори

који су писали о назначеној теми укључујући колегинице из Ниша и самог клеветника. Аутентичност мог рада у овом дијелу огледа се у презентираној квантификацији криминалитета на основу економско финансијских показатеља, одговарајућем објашњењу градација обиљежја и тсл.

Такође је неистина да сам наводно преписао дио Главе II под називом Феминизам и методологија криминолошког истраживања од колегиница из Ниша. Истина је сљедећа: У дијелу књиге названом Феминизам и методологија криминолошког истраживања (у мојој књизи на стр. 92–94), користио сам радове великог броја аутора од којих истичем: *Harding* (1982:16) наглашава ...„Три феминистичка методолошка програма: феминистички емпиризам који покушава побољшати науку, феминистичку теорију стајалишта која инклинира конструкцији знања из призме живота жене, фемнистички постмодернизам...“. *Keller* (1987:4) истиче да су ...„Феминисткиње интензивирале коришћење концепта рода“... *Chiebinger* (1994:51) наводи ...„Више фундаменталних чинилаца због којих је непристрасност у науци још увијек неостварена...“

Уз сво поштовање колегиница Константиновић и Николић од њих као ни од клеветника није коришћена ниједна ријеч.

Такође је груба неистина да сам дио под називом Триангулација преписао од клеветника. То ћу демантовати приказом ставова појединих аутора о триангулацији у мојој књизи. На стр. 94–95: *Latherova* (1987:34) триангулацију дефинише као: „Коришћење различитих истраживачких метода за унакрсно провјеравање валидности и поузданости података“. Тако ова ауторка наводи: „Опсервацију са партиципацијом која се може имплементирати да би се верификовала валидност података добијених интервјуима“.

Bryman (1978:17) истиче да се: „Напредовање састоји у синтези квалитативних и квантитативних поступака тако да се могу искористити њихове предности“.

Наведена су и мишљења *Atkinsona, Corringa, Coffeva, Biersteidta* и многих других.

Да резимирам, клеветникова књига уопште није коришћена приликом обраде триангулације.

Или прецизније, *од свих оптужби изнијетих од стране клеветника за дио књиге који обухвата Гл. II ниједна није истинита.*

Клеветник наставља са праксом оптуживања без основа у дијелу књиге који садржи Гл. III, погрешно наводећи да је: „Део пети Подела криминолошких теорија препричан из Ђ. И. КЛ“. Више стотина аутора је у својим дјелима презентирало своје виђење подјеле криминолошких теорија. У том контексту сам и изложио назначену

тему без било какве потребе да користим књигу клеветника што се компарацијом текстова лако може потврдити.

Клеветник импутира да је Класична оријентација у криминологији написана комбиновањем дјелова његових књига КЛ. и КН. Није срамота рећи истину и увијек само истину. Ја уважене колегинице и колеге још увијек нијесам видио клеветникову књигу Криминолошко наслеђе. Због тога је и нијесам навео у библиографији. Међутим, из доступне књиге чији је клеветник аутор у овом дијелу нијесам преузео ниједну једину ријеч. У мојој књизи на стр. 101–103 коришћењем уредно цитираних радова више аутора приказана је ова школа искључиво са кривично правног аспекта (начело законитости, монистички систем санкција, индивидуализација казне) и тсл. Дакле, ниједна ријеч из књиге клеветника. Иста ситуација је са Неокласичном школом за коју клеветник тврди да је преписана из његовог уџбеника. И површним увидом у компариране текстове примијетиће се да не постоје никакве сличности између ова два текста.

Клеветник импутира сљедеће: „За писање делова позитивизам у криминологији и Картографска школа било му је довољно само да препише одговарајуће делове“..., наравно, поново из његовог уџбеника. Овај дио мог уџбеника на стр. 106 започиње са: Позитивизам је правац у науци чији је оснивач *A. Comte* (*Systeme de Politique Positive,* 1798–1857), док су у раду клеветника цитирани *Schafer* и др. Компарирани текстови немају ничег заједничког.

Клеветник поново импутира да сам преписивао из књиге за коју нијесам знао ни да постоји (мисли на КН и Картографску школу). У мојој књизи на стр. 106–107 цитирани су сљедећи радови: *Guerry* је у раду *Essai sur la statistique de la France*,... *Quetelet* је у раду *A Treatise on Man*, 1842, говорио... Заиста би било апсурдно да након двије деценије рада на пословима спрјечавања и сузбијања криминалитета ангажујем било кога да ми преводи и тумачи радове из области науке о злочину.

Клеветник импутира да сам дио о физиогномичарима и френолозима као и *Cesare Lombrosa* преписао поново од њега. Вјероватно мисли да само он пише о овом знаменитом аутору. Чињенице говоре супротно. Навешћу само дјелове текста из мог уџбеника на стр. 108–110: „Френологија је учење по коме се према спољашњем облику лобање може закључити какве су интелектуалне и карактерне црте неке особе“ (С. Константиновић-Вилић и В. Николић-Ристановић, 2003:207).

Како наводи Милутиновић (1990:90) „Френолошке студије представљају прве антрополошке радове, односно зачетке антрополошке теорије у криминологији која настаје у Италији осамдесетих година XIX вијека“.

Према Милутиновићу (1990:90), „Прву и највећу антрополошку студија о злочину написао је италијански психијатар и психолог *Cesare Lombrso*, који је развио своју теорију криминалитета на основу односа између делинквенције и анатомских особина делинквента“. Мислим да коментар није потребан.

Имајући у виду намјеру клеветника да ме што више дискредитује није ме зачудило што ми спочитава да сам наводно у својој књизи „прекрстио *Enrica Ferrija* у *Enrico Ferry*“. Чак и да је тако а није радило би се о штампарског грешци, што поново указује каква је особа клеветник. Илустрације ради, навешћу само почетак излагања о овом веома значајном криминологу на страни 110 моје књиге: Према Ђ. Игњатовићу (1996:123) ...„Најзначајнији представник позитивизма италијанске школе и утемељивач њене социо-антрополошке варијанте је *Enrico Ferri* (1856–1929).“ И то је једини случај гдје сам у излагању о овом аутору користио и цитирао књигу клеветника, док мој рад о назначеном аутору обухвата објашњење узрока криминалитета, типологију делинквената, протективне мјере и тсл., што је дијаметрално супротно компарираном уџбенику.

Клеветник даље импутира да су Теорије наслеђа „склопљене“ из уџбеника објављеног у Нишу и његовог уџбеника као и Ендокринолошке и неоконституционалне теорије. Клеветник поново обмањује јавност. У мојој књизи на стр. 113–116 наводи се између осталог: „Идеја о злочину као изразу биоконтитуционалног типа злочинца води нужно схватању да је личност делинквента одређена наследним компонентама“ (М. Милутиновић, 1990:95).

„У оквиру биолошке теорије развила се посебна ендокринолошка теорија криминалитета која девијације у понашању особа доводи у везу са сметњама у функционисању ендокриног система“ (Милутиновић,1990:98).

Чињенице говоре да у вези ове оптужбе ни једна мисао из моје књиге се не може довести у везу са радовима за које клеветник инсинуира да сам их плагирао.

Потпуно иста ситуација је и са оптужбама везаним за наводно преузимање поново од њега: Осврта на биолошка схватања, Оцене психолошких теорија, Школе друштвене средине, Социолошке школе, Историјског материјализма, *Bongera* и тд. Чињенице говоре сасвим супротно.

У вези осврта на биолошка схватања у мојој књизи на стр. 117 наведено је између осталог: *S. Jones* (1985:17): „Није спорно да генетски чиниоци сами по себи не могу објаснити злочин. Конекција између насљеђа и криминалитета није директна“. И тако даље све супротно уџбенику клеветника. Или оцјена психолошких теорија

на стр. 123 у мојој књизи започиње са: „Постоје тешкоће повезане са истраживачким методама којима се користе психоаналитичари". И наравно нема ниједну додирну тачку са радом клеветника. Или Социолошке теорије обрађене у мојој књизи на стр. 123–127, започињу са: „У складу са схватањем да се делинквентна личност не може објаснити изван утицаја друштвених појава и услова који је одређују и формирају, представници социолошке теорије приговарају антрополошкој и биолошкој оријентацији у циљу експликације злочина дјеловањем друштвених фактора (М. Милутиновић, 1999:112).

Према Милутиновићу (1990:117): „*G. Tarde* је написао више радова из области криминологије. Међу најзначајнијим су: *La criminalite comparee, La Philosophie penale i Etudes penals et sociales* у којима је изложио своје ставове о узроцима криминалитета и одговорности за извршене деликте", (стр. 124 у мојој књизи).

„Да би напредовала индивидуална оригиналност мора имати могућност изражаја. Да би оригиналност идеалиста, чији снови надилазе овај вијек, могла доћи до изражаја, потребно је да оригиналност злочинца, који је испод нивоа свога времена, такође буде могућа. Једна се не догађа без друге", говорио је *E. Durkheim* (стр. 125 у мојој књизи).

Према Милутиновићу (1990:119): „На прелазу из XIX у XX вијек велики допринос криминолошкој мисли дао је познати француски мислилац *Durkheim* као најзначајнији представник функционалистичке оријентације у криминологији. Овај аутор је у својим радовима *De la division du travail social* (О подјели друштвеног рада), Paris, 1893, и *The Rules of Sociological Method* (Правила социолошке методе)"... и тсл.

Евидентно је да су оптужбе клеветника у цјелости неосноване.

Иста ситуација је и са Историјским материјализмом (цит. стр. 127 моје књиге): „У оквиру радова посвећених ширим друштвеним проблемима класици марксизма су се бавили и питањима криминалитета", наводе, С. Константиновић–Вилић и В. Николић–Ристановић. Према Милутиновићу (1990:149): „Иако класици марксизма нијесу систематски проучавали криминалитет они су у многим својим радовима износили значајна запажања о криминалитету". Најзначајнији радови *W. Bongera*, према Милутиновићу (1990:123) су: Криминалитет и економски услови, Раса и криминалитет и Увод у криминологију (стр. 127 у мојој књизи).

Клеветник импутира да су: „Целине Еколошка теорија и Малолетничка делинквенција преузете из две Игњатовићеве књиге КЛ и КН". Поново супротно чињеницама. На странама 128 до 131 моје

књиге између осталог се наводи: Према М. Бошковићу (1999:88): „ Еколошка теорија обухвата криминолошки приступ који су у оквиру чикашке школе развили амерички социолози *Robert Park I Ernest Burgess*... У студији *Juvenile Deluinquency and Urban Areas* (Малољетничка делинквенција и градска подручја) *Cilfford Shaw i Henry McKay* која је издата 1942. године у Чикагу дошли су на основу великог броја параметара... и тсл.

И тако редом без било каквих додирних тачака са радом клеветника, с обзиром да овај дио није ни обрађиван у његовој књизи из 1996. године.

Исти случај је и са Теоријом диференцијалне асоцијације која у мојој књизи на стр. 131 почиње са: Аутор теорије диференцијалне асоцијације је амерички криминолог *E. Sutherland*. Према Милутиновићу (1990:127): „Суштина ове теорије јесте у томе да се криминално понашање стиче учењем у процесу интеракције са другим особама и групама, односно стиче се учењем у процесу дружења са делинквентима и групама које су делинквенту најближе“. У раду се даље износе ставови овог аутора описани у његовом дјелу *Principles of Criminology*, Philadelphia 1947. године. И поново неоснован напад од стране клеветника.

Сљедећа инсинуација клеветника односи се на то да сам наводно осам страна преписао од њега везано за Теорију друштвеног учења, Теорију културног конфликта, Сукоб култура и злочин, Теорију поткултуре, Супкултуру насиља, Теорију аномије, Теорију различитог избора, Теорију жаришне преокупације, Теорију суздржавања, Технику неутрализације и *Hirshi*-јеву теорију социјалне контроле. И поново без аргумената. Да видимо шта говоре чињенице. На страни 132 моје књиге између осталог пише: „Теорија социјалног учења представља теоријски приступ психолошке оријентације базиран на *Burgess*-овом поимању социјалног учења, затим законима имитације и радовима о агресији *Alberta Bandure*“, наводи М. Бошковић (оп. цит.) и даље се наставља излагање без било какве везе са књигом клеветника. Кад смо код Теорије културног сукоба за њену обраду су коришћени радови *T. Sellin-a, Culture Conflict and Crime*, New York 1938, и др.

Теорија аномије је у мојој књизи на стр.133–141 обрађена цитирањем радова великог броја аутора од којих издвајам *Mertona* (*Social Theory and Social Structura*) и др. и ова теорија по својој суштини и обиму (укључујући ревизије и емпиријске верификације, психолошке верзије ТА, савремене теорије аномије, институционалну теорију аномије, позитивно вриједносну аномију и др.) вишеструко превазилази оно што у својој књизи наводи клеветник. Култура ниже класе је обрађена коришћењем радова *W. Milera* (1962), *Gilla*

(1977) и бројних других аутора. За обраду дијела књиге под називом Техника неутрализације коришћен је рад *D. Matza* (*Techniques of Neutralization*), који је написао заједно са *G. Sykes* и др.

У мојој књизи на стр. 143–145 презентиран је Злочин из угла заступника интеракционизма путем презентације радова *H. Becker, Outsiders: Studies in the Sociology of Deviance,* New York, 1963, *E. Lemert, Social Pathology A Systematic Approach to the Theory of Sociopathic Behavior*, New York, 1951, као и ставова уважених аутора М. Милутиновића и др. Теорија опортунитета презентирана је на стр. 145 у мојој књизи: *C. Lawrence, M. Felson, Social Change and Criminal rate Trends: A Routine Activity Appriach*, ASR, 1979. Теорија реинтегративног постиђивања обрађена је коришћењем рада *John Braithwaite, Crime, Shame and Reintegration*, Cambridge, 1989.

Критичка криминологија је врло студиозно обрађена на стр. 147–152 и нема апсолутно никакве сличности са књигом клеветника с обзиром да су у њој презентирани извори, задаци, битна обиљежја и тсл.

Клеветник је устврдио да сам преписао нешто немогуће, а односи се на Феминистичке теорије криминалитета које сам по њему преписао од колегиница из Ниша о чему у мом уџбенику нема ниједне ријечи.

На крају коментара ове главе клеветник наводи: „Нечувено“, алудирајући на његову књигу КН. Понављам његова књига КН је публикована годину дана након моје књиге.

Морам заиста констатовати само чињенице. *Све што је клеветник написао за Гл. III у мојој књизи у директној је супротности са чињеницама, односно ништа није истинито.*

Клеветник тврди: „Глава IV обрађује далеко мање сложена питања“, (мисли на КРИМИНОЛОШКУ ФЕНОМЕНОЛОГИЈУ) . Чувајући његов углед иако то не заслужује уздржаћу се од коментара, и само нагласити да велики значај има ова грана криминологије, полазећи од неопходности проучавања бројних нових појавних облика криминалитета.

Међутим, клеветник и даље наставља у истом стилу оптужујући ме да сам „Целину стање криминалитета“ препричао из његове књиге. Да подсјетим ова области криминологије презентирана је у мојој књизи навођењем бројних аутора од којих је и он цитиран на стр. 153, 154, 158, 159. Међутим, овај дио књиге у претежном дијелу обухвата приказ стања и кретања криминалитета у мојој држави, и у цјелости је аутентичан.

Настављајући са праксом упорног клеветања клеветник наводи: „Типологије криминалитета, Крвни деликти, Етологија насиља

у браку, Имовински криминалитет“ итд. преписани су коришћењем његове књиге и уџбеника колегиница из Ниша. Међутим, поново заобилази истину.

Пођимо од типологија криминалитета. На страни 177 моје књиге пише: „У научној и стручној литератури постоје различити приступи типолошким класификацијама криминалних испољавања“ (М. Бошковић, 1999:375). Наравно цитиран је и велики број других аутора укључујући и клеветника.

На примјер на стр. 179 моје књиге Б. Симеуновић, Патић (Могућност превенције насилничког криминалитета – Стратегија државног реаговања против криминала, 2003:149) криминогене факторе дијели на: а) биопсихолошке, б) социјалне, ц) културолошке, д) ситуационе...

Или на стр. 183 мог уџбеника пише цит: „На основу резултата истраживања феноменологије и етиологије овог деликта у РЦГ, убиства су се најчешће дешавала у становима и то у стану жртве, затим на отвореним површинама, угоститељским објектима и другим мјестима....“. (Д. Чукић, В. Голубовић).

Приступ обради ових тема је различит у односу на излагања клеветника и колегиница из Ниша јер су истраживања фокусирана на Црну Гору, тако да је свака сличност са радовима клеветника искључена.

И овдје имамо једну невјероватну ствар. Клеветник ме оптужује чак и за нешто што уопште нема у мојој књизи из 2007. године, тврдећи да сам Транснационалне криминалне организације и Злочине мржње преписао поново од њега. Ове теме нијесу обрађене у мојој књизи. На истом фону су и наводи о: „Убиству као најтежем злочину агресије, и етимолошком термину корупције“ којих такође нема у мојој књизи.

Навешћу само дио из књиге на стр. 180: „Противправно лишење живота другог лица људском радњом манифестује се у врло диферентним формама. Може се извршити на различите начине, различитим средствима и под различитим околностима“ Међутим, „убиство као злочин агресије“ у раду не постоји.

Или нпр. на стр. 240 моје књиге: „Под корупцијом подразумијевамо деликте против службене дужности као што су давање и примање мита, злоупотреба службеног положаја и овлашћења, противзаконито посредовање... као и друга кривичних дјела у којима се корупција јавља као облик недозвољеног утицаја предузетог ради остваривања одређене користи“. У комплетном тексту се етимологија корупције нигдје не помиње.

Најтежи напад клеветника услиједио је управо у овом дијелу када је тврдио да сам: „Без мере преписивао М. Сингера и сар. не наводећи га ни у тексти ни у библиографији“. У заблуди сте клеветниче. Да видимо шта кажу чињенице. На стр. 165 моје књиге везано за тему Старосне групе и криминалитет пише: „Анализе регистрованог криминалитета показују да је његова расподјела с обзиром на године живота различита не само од државе до државе, већ и унутар једне државе у различитим областима“ (Сингер:1996:158). Или рецимо на 166 страници моје књиге гдје се обрађује Делинквенција старијих особа пише: „ Могу се разликовати три главна типа делинквентног понашања особа старије доби“ (М. Сингер, 1996:163). Овај велики криминолог, као и многи други аутори цитиран је више десетина пута у мојој књизи.

Или нпр. Криминалитет жена је у цјелости обрађен од стране црногорских аутора Др. Чукић, В. Голубовић итд., због чега и није било потребе за коришћењем других радова. У мојој књизи на стр.167–172 ова област је третирана искључиво на основу емпиријских података у мојој земљи.

Клеветник импутира да сам Малољетничку делинквенцију преписао од колега из Загреба. Чињенице говоре сасвим супротно. Структура излагања ове области изгледа овако: Малољетничка делинквенција у Црној Гори, Учешће дјеце и малољетника-полна заступљеност у извршењу деликта у Црној Гори, Старосна структура дјеце и малољетних преступника, Школски статус преступника, Број и врсте преступа, Изречене мјере и тсл. Назначену област радио сам дуги низ година и заиста није било потребе за коришћењем дјела уваженог колеге Сингера с обзиром да је обрађивана само проблематика у мојој земљи.

И још једна невјероватна ствар. Клеветник тврди да сам Криминални поврат преписао од колеге из Загреба. Довољно је само рећи да рецидивизам није обрађиван у мојој књизи.

У истом маниру клеветник наставља са оптужбама наводећи да сам чак и Сексуални криминалитет преписао од колеге из Загреба и то обим и кретање и жртве сексуалних деликата. У мојој књизи у дијелу који обрађује ову област на стр. 198–206 систематика излагања је сљедећа: Кривична дјела против полне слободе у КЗ ЦГ, Силовање, Узроци деликта, Мотивација, Кривично правни аспект, Последице, Профил извршиоца.

Евидентно је да се у раду не обрађује оно што клеветник наводи, односно нема ниједна ријеч од уваженог професора Сингера.

Клеветник инсинуира да сам: „Саобраћајни криминалитет преписао од Сингера и сарадника“. Да видимо садржај саобраћајног

криминалитета у мојој књизи. На стр. 326–338 материја је изложена на сљедећи начин: Уводна разматрања, Саобраћајни деликти у Црној Гори, Прикази статистичких података из области безбједности саобраћаја у Црној Гори, Број учесника у саобраћају и стање путне мреже у Црној Гори, Правна регулатива у Црној Гори, Рад ауто школа у Црној Гори, Рад организација за вршење техничких прегледа у Црној Гори. Комплетно истраживање директно је везано за моју државу, због чега је сувишно истицати да нема ни једно слово од уваженог колеге из Загреба.

Сљедећа неистина односи се на његову констатацију да сам од колега из Загреба преписао Појам и врсте имовинског криминалитета, цинично додајући „какве симболике". Клеветник поново инсинуира. У мојој књизи у дијелу који се односи на имовински криминалитет стр. 206–225 презентиране су сљедеће теме: Кривична дјела против имовине у КЗ ЦГ, Појам и облици напада на моторна возила, Својства починиоца, Мјере заштите и тд. затим, Тешка крађа из чл. 240 КЗ ЦГ, Разбојничка крађа и разбојништво из чл. 241 и 242 КЗ ЦГ и на крају Истраживање имовинских деликата у Црној Гори. Ова област у књизи базирана је на истраживању ове врсте криминалитета у мојој земљи. Или прецизније, од уваженог професора Сингера и других колега није преписана ниједна ријеч.

Оптужбе везане за Привредни криминалитет су такође неутемељене јер се ради о оригиналном раду у којем се уопште не помиње оно што клеветник импутира.

Клеветник упорно наставља са оптужбама инсинуирајући да сам у дијелу књиге који третира Етиолошку димензију криминалне појаве преписао од колегиница из Ниша криминогене факторе, узроке, поводе, околности и ситуације инкриминисаног понашања.

Наравно, то је у сукобу са истином. У мојој књизи на стр. 339–340 између осталог пише: „Појму криминогени фактори се најчешће придаје значење које обухвата све везе које се на било који начин успостављају између криминалитета као индивидуалне или масовне појаве и разних околности објективног и субјективног карактера као што су: узрок, услов, одлучујући фактор, вјероватноћа, учесталост, подстицај, индиција" и тсл. (М. Милутиновић,1990:300).

„Процес дјеловања криминогених фактора на генезу криминалитета назива се криминогенеза" (Ж. Хорватић, Елементарна криминологија, 1981:99).

„Криминогени фактори су објективни и субјективни чиниоци утицаја на преступничко понашање појединаца и криминалитет као друштвену појаву" (М. Бошковић, 1999:165). И тако даље.

Иста је ситуација и са осталим областима. Дакле, потпуно неутемељене оптужбе.

Такође је нетачно да сам од колегиница из Ниша преузео било шта из ове области на недозвољен начин укључујући и Разматрања о алкохолизму што је накада давно била тема мог дипломског рада.

Апсурдна је оптужба да сам преписао Вагабундажу и криминалитет, јер та област није обрађивана у мојој књизи.

Такође је нетачно да сам од колега из Загреба преписао: Географски положај и климу, Катастрофе, Привредни систем и криминалитет, Урбанизације, миграције и криминалитет. Чињенице кажу сљедеће: на стр. 350 моје књиге везано за географски положај и климу између осталог је написано: „Када се истражују разлози различите распрострањености криминалитета у појединим подручјима мора се поћи од разлика социјално културних чинилаца који дјелују на формирање људи и условљавају њихово понашање“ (М. Милутиновић, 1990:188). „Пост-вијетнамски синдром и друге трауме и стресови изазвани ратом укључујући и оне повезане са економском кризом коју изазива рат, утичу и на поремећаје односа у породици и на пораст насиља, укључујући и убиства у оквиру породице“ (Николић-Ристановић и В. Миливојевић: Виктимизација жена насиљем у породици, 2001:21).

Клеветник импутира да је Виктимолошка димензија криминалне појаве преписана од колегиница из Ниша додајући касније да сам користио и књигу А. Рамљака и М. Симовића, Виктимологија, Бања Лука 2006. године. Наравно да сам користио књигу уважених колега Рамљака и Симовића, цитирајући их у својој књизи више десетина пута, као и рад уважених професора Шепаровића, Сингера, Константиновић, Николић, и многе друге.

Навешћу само неке примјере. На стр. 409–410 моје књиге пише цит.: „У кратком временском раздобљу виктимологија се снажно развила у широку и врло садржајну дисциплину. У страдању човјека учествују бројни фактори, уз одређене, често сложене механизме страдања“. (А. Рамљак и М. Симовић, 2006:7).

„Предмет виктимологије обухвата бављење питањима везаним за жртве свих облика криминалног понашања“ (С. Константиновић-Вилић и В. Николић-Ристановић, 2003:370).

„Виктимологија је наука о жртви чији је задатак анализа многострукости проблема жртве, објашњење узрока страдања (виктимизација) и развијање система мјера за редукцију страдања људи“ (Шепаровић, 1985). „Виктимологија отвара једно важно подручје истраживања које означавамо спрјечавање виктимизације, јер је све израженија потреба да едуцирамо припаднике заједнице како да се сами бране од тога да постану жртве криминалитета те да на тај начин спријечимо извршење многих деликата“ (М. Сингер,1996:289).

У овом дијелу књиге коришћени су радови и других аутора у складу са стандардима.

Груба вријеђања клеветника у вези библиографије нећу коментарисати јер тако вулгаран приступ не заслужује коментар, посебно ако се има у виду одавно позната „специјалност“ клеветника да што више дискредитује колеге, путем „ наручивања“ текстова и тсл. Једино што морам рећи јесте да су сви аутори које сам користио у изради књиге назначени у литератури, укључујући М. Бошковића, М. Сингера, А. Рамљака и М. Симовића, многе друге. Уосталом погледајте изводе из библиографије у мојој књизи на стр. 435–440:

- Бошковић М. (1995), Криминологија и социјална патологија, Нови Сад;
- Бошковић М. (1999) Криминолошки лексикон, Нови Сад;
- Бошковић М., (2003) Транснационални организовани криминалитет, Београд;
- Рамљак А. Симовић М. (2006) Виктимологија, Бања Лука;
- Сингер М. (1996) Криминологија, Загреб;
- Шепаровић З. (1985) Виктимологија, Загреб;

На крају ове изнуђене анализе закључак је само један. *Све оптужбе клеветника изречене у тексту „Недозвољено посезање за туђим у науци-студија случаја“ су неистините.*

Клеветник је у тежњи да што више дискредитује бившег студента заборавио да провјери аутентичност публикације коју је имао испред себе. Ради се о неауторизованој скрипти која је коришћена до изласка књиге у јануару 2007. године у којој су обједињена моја предавања која су копирана и достављана студентима прије сваког предавања, како би могли активно учествовати у наставном процесу, што је у складу са највишим стандардима у извођењу наставе. Клеветник је морао провјерити да ли скрипта коју посједује има ИСБН 987–9940–9020–2–5. Могао је и окуларним прегледом утврдити да је скрипта сачињена од копираног папира различите грамаже и тсл.

Међутим, оно што је клеветник урадио колеги из друге државе у другом дијелу своје јавне клевете под називом „Закључне напомене“ је у цјелости оголило његове перфидне намјере, с обзиром да његов главни циљ очигледно није био „анализа“ публикације и то након три године од њеног публиковања. Дрзнуо се да нападне чак и моју докторску дисертацију која је резултат вишегодишњег истраживања базираног на непосредном искуству аутора, под менторством врхунских професора који су славу Универзитета у Београду – Правног факултета пронијели далеко изван граница Србије, и чију самосталност и оригиналност нико не може довести у питање.

Клеветник није смио да ме најгрубље вријеђа улазећи у мој приватни живот, без обзира колико је добио за ову јавну сатанизацију. „Колико је од земље до неба, толико је од нечовјека до човјека“.[2] Клеветник очигледно никада није научио да припадници академске заједнице требају његовати колегијалне односе поштовања и уважавања.

С друге стране, износећи ове застрашујуће клевете клеветник је тешко повриједио моју част и углед као и углед моје породице, затим углед институције у којој радим а то је Правни факултет у Подгорици са вишедеценијском респектабилном традицијом као и Универзитет Црне Горе у цјелини, чији су професори признати у свијету по свом доприносу научном развоју. То наравно нема цијену.

Клеветник је на овај начин починио кривично дјело клевета из члана 171 Крвичног законика Србије, односно теже облике клевете из става 2 и 3 јер је учињена јавна клевета и она је довела до тешких последица за мене, моју породицу, институцију у којој радим, УЦГ и тсл. Стога сам и поднио тужбу за клевету против окривљеног Ђ. Игњатовића I ОПШТИНСКОМ суду у Београду.

Клеветник је морао знати да су етичка начела, која је он у овом случају до сржи повриједио, црногорске специфичности, односно доминантни систем вриједности у мојој земљи.

[2] М. Селимовић.

Др Обрад Перић

редовни професор у пензији
Правног факултета Универзитета у Новом Саду

ПРЕУЗИМАЊЕ ТУЂЕГ У ДОКТОРАТУ

У броју 2/2009 часописа *Анали Правног факултета у Београду* објављен је, у рубрици *Поводи,* прилог проф. др Ђорђа Игњатовића под насловом „Недозвољено посезање за туђим у науци – студија случаја" (стр. 289–310) у којем се, најпре, третирају нека начелна питања у вези са коришћењем туђе интелектуалне својине, али суштина прилога односи се на присвајање туђих научних дела од стране др Велимира Ракочевића, доцента Правног факултета у Подгорици.

Ограничавајући се само на мој случај и чланак „Међународноправни аспект сузбијања злоупотреба опојних дрога" (*Правни живот,* број 10/1981, стр. 71–91), сматрам својом дужношћу да потврдим све што је проф. Игњатовић изложио у својој анализи на стр. 307–308 часописа. Наиме, одређени делови тог чланка су, у целини или у невешто преправљеној верзији, преузети у обиму који наводи проф. Игњатовић, и постали саставни део докторске дисертације Велимира Ракочевића из 2003. године, а касније и чланка „Црногорско кривично законодавство у области сузбијања злоупотребе опојних дрога и међународни стандарди" објављеног у *Зборнику Правног факултета у Подгорици*, број 35/2006, стр. 102 и даље, што је, уз постојање добре воље, једноставно установити упоређујући наведене текстове.

Молим Вас да ове моје наводе имате у виду и очекујем да ће бити објављени у наредном броју *Анала Правног факултета у Београду* у рубрици *Поводи*, у којој је, иначе, објављен и текст професора Игњатовића.

Др. Весна Николић-Ристановић

редовни професор Факултета за специјалну едукацију и рехабилитацију Универзитета у Београду

РАСПРАВА О ПЛАГИЈАРИЗМУ

Обраћам вам се поводом текста проф. др Ђорђа Игњатовића „Недозвољено посезање за туђим у науци – студија случаја“, који је објављен у броју 2/2009 часописа *Анали Правног факултета у Београду*.

Као једна од коауторки (заједно са проф. Слободанком Константиновић-Вилић) књиге *Криминологија*, која се у раду помиње као једна од плагираних књига, имала сам потребу да поздравим објављивање овог текста у вашем часопису.

Такође, хтела бих да вас обавестим да сам и лично остварила увид у поменуту књигу др Велимира Ракочевића и уверила се да на недозвољен начин користи рад чија сам коауторка. При томе посебно истичем управо два дела која сам ја лично написала: део о феминистичкој методологији и око половине дела Виктимолошка димензија криминалитета.

Сматрам да би *Анали Правног факултета у Београду* и Правни факултет требало да организују јавну расправу о овом случају, како би шира јавност била обавештена. Тако би могла бити започета и једна шира акција супростављања овом облику недозвољеног понашања, јер сам уверена да оваквих и сличних случајева има доста и у Србији. Сматрам да је брига о интелектуалном поштењу један од важних приоритета свих нас који се бавимо науком и који учествујемо у образовању младих, па сам спремна да дам свој допринос таквој и сличној акцији.

Др Милена Полојац

ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду

LXIII КОНГРЕС ДРУШТВА ЗА ПРАВНУ ИСТОРИЈУ ФЕРНАН ДЕ ВИШЕР (*SIHDA*)

Друштво за правну историју познато под скраћеницом *SIHDA* (пун назив *Societé internationale Fernand de Visscher pur l'histoire des droits de l'antiquité*) успешно је одржало конгрес по шездесеттрећи пут, али је то овога пута било под помало драматичним околностима. Наиме, могло се догодити да се ова вишедеценијска традиција у 2009. години прекине због светске економске кризе. По редовном плану скуп је требало да се одржи у Егзитеру (*Exeter*), Велика Британија, а професор Дејвид Пагзли (*David Pugsley*) се по други пут прихватио задатка да организује велики међународни скуп правних историчара. Међутим, у току припрема, он је констатовао да није у могућности да обезбеди финансијску подршку спонзора и био је присиљен да откаже организацију скупа. Изгледало је, дакле, да ће конгрес отпасти за 2009. годину. Међутим, спасоносна идеја да се конгрес ипак одржи, али у Грчкој, родила се крајем марта 2010. године међу учесницима трећег по реду интернационалног такмичења из римског права, *Moot Court*, које је одржано од 25. до 29. марта 2010. у Кавали и Филипију у организацији *Института Мухамед Али* и града Филипи који ће бити и спонзори конгреса.

Конгрес је започео на археолошком локалитету града Филипи који је добио име по свом оснивачу Филипу Другом Македонском, оцу Александра Македонског. Након разгледања и детаљних објашњења која су добили од грчког археолога Михалиса Лихунаса (*Michalis Lychounas*), једног од три главна организатора скупа, учесници конгреса су заузели места на римском Форуму града који је изграђен у време Августа када је град Филипи постао римска колонија (*Colonia Augusta Iulia Philippensis*). Овде је напре уводно предавање одржао професор Баудевејн Сиркс (*Baudewijn Sirks*) из Оксфорда, главни ин-

спиратор одржавања конгреса у Грчкој и један од три члана организационог одбора скупа. Он је говорио о чувеној бици код Филипија која се догодила 42. године пре н. е. у време грађанских ратова у Риму и другог тријумвирата када су се, након убиства Јулија Цезара, његови наследници Марко Антоније и Октавијан сукобили с Цезаровим убицама Брутом и Касијем, а као победници изашли Антоније и Октавијан. Затим је, с обзиром на то да је ово заседање *SIHDA*-е било посвећено процесном праву, као главној теми скупа, професор Дарио Мантовани (*Dario Mantovani*) из Павије одржао уводно пленарно предавање које је посветио поступку у светлости нових истраживања и открића нових докумената.

Други дан скупа одвијао се радно у две паралене сесије, од раних јутарњих до касних поподневних сати, у конгресним просторијама цркве св. Ане у близини града Филипи. Састав учесника је у правом смислу био интернационалан, јер су се као референти појавили не само романисти и правни историчари из готово свих европских земаља (не и из земаља бивше заједничке државе), него и научници из Јужне Африке и Јапана. Официјелни језик скупа је француски, али учесници редовно излажу на енглеском, немачком, италијанском и шпанском језику.

Трећи дан конгрес се преселио с радом у Кавалу и одвијао се у три паралелне сесије, у склопу прекрасног оријенталног здања Имарет које је некад био медреса, а сада је луксузни хотел у приватном власништву посебне категорије под заштитом државе. Имарет је истовремено и седиште *Института Мухамед Али*, невладине непрофитне организације, чији циљ је унапређење кооперације међу медитеранским земљама које имају заједничку историју и традицију и која је била спонзор конгреса. Ову лепу грађевину, архитектонски вредну и смештену на најбољем месту у Кавали, изградио је Мухамед Али Паша, рођен у Кавали 1769. године, оснивач египатске владарске куће које је владала Египтом до 1952. године. Недалеко од хотела Имарет налази се и његова родна кућа.

Последњи дан конгрес је радио пленарно. Први преподневни сати били су резервисани за три пленарна предавања која су одржали најпре професор Ханс Анкум (*Hans Ankum*), професор емеритус Универзитета у Амстердаму и почасни доктор Универзитета у Београду, с темом *Exceptio res iudicatae vel in iudicium deductae,* уз анализу три текста Улпијана из Дигеста (D. 44.2.9.1; D. 44.2.11.3 и D. 4.2.9.2). Затим је говорио професор Паскал Пишона (*Pascal Pichonnaz*) из Швајцарске, Универзитет у Фрибуру, домаћин прошлогодишњег конгреса *SIHDA*. У комплексном и до перфекције логичном и јасном предавању, он је у средиште пажње поставио питање опомене (*interpellatio*) коју поверилац након доспелости потраживања

упућује дужнику у доцњи (*mora debitoris*). Он испитује њене правне последице, супротстављајући римске и модерне изворе (*Herm.* D. 12.1.5; *Pomp.* D. 19,1.49; *Marc.* D. 22.1.32.pr, *Paul.* D. 45.1.49.pr са чл. 97 и 108 Швајцарског закона о облигацијама и принципима *UNIDROIT* из 2004. године који се односе на уговоре у међународној трговини). Последње пленарно предавање било је резервисано за професора Томаса Рифнера (*Thomas Rüfner*) из Немачке (Универзитет у Тревесу). Он је динамично и на модеран начин, користећи *PowerPoint* презентацију, говорио о могућностима тужиоца да у току поступка модификује свој тужбени захтев у Јустинијановом праву. Наглашавајући да таква могућност није постојала у класичном римском праву, у оквиру формуларног поступка након литисконтестације, он се концентрише на неколико проблема у Јустинијановом праву: да ли је тужилац био дужан да експлицитно именује тужбу (*actio*) и да ли, уколико тужилац изгуби спор, то значи да је изгубио право да подигне само одређену *actio* или се ефекат *res iudicata* односио на све тужбе.

Други део пленарног преподневног заседања био је посвећен комеморацијама. Нажалост, у току годину дана од претходног заседања, романисти и правни историчари изгубили су чак пет угледних научника и професора. То су чувени професор с Универзитета Ла Сапиенца (*La Sapienza*) у Риму, Марио Таламанка (*Mario Talamanca*), један од најугледнијих романиста данашњице, професор римског права Хуан Мигуел (*Juan Miquel*) с Унивезитета у Барселони, Феличано Серао (*Feliciano Serrao*), професор емеритус на Универзитету *La Sapienza*, Рејмонд Вестбрук (*Raymond Westbrook*), ауторитет за старо право Блиског истока, професор Универзитета Џонс Хопкинс (*Johns Hopkins*) у Балтимору и Петер Вајмар (*Peter Weimar*), професор емеритус с Универзитета у Цириху. Учесници конгреса су се подсетили на њихове богате биографије и библиографије и допринос који су дали *SIHDA*-и и заједници правних историчара у целини.

На крају радног дела конгреса остало је да се одреди место и тема следећег заседања. То ће бити Барселона у септембру 2010. године, а тема гласи (с обзиром да је службени језик конгреса француски): *Communication et publicité, aspect juridique, politique, sociaux et economique*. Тиме је завршен службени део конгреса. Вече је било резервисано за традиционалну гала вечеру, а велики број учесника конгреса провео је још један дан у Грчкој на факултативном излету на острво Тасос.

Кад је реч о доприносу наших романиста односно правних историчара раду конгреса, др Магдолна Сич, ванредни професор на Правном факултету у Новом Саду изложила је свој рад под називом *Calumnia, Questio and Humanitas in the Investigation Proceedings according to the Theodosian Code*, у којем се бави неким питањима

кривичног права и кривичног поступка у Теодосијевом законику. Такође, свој рад *Societas and periculum* изложила је и др Милена Полојац, ванредни професор на Правном факултету у Београду, показујући да се проблем ризика код ортаклука тешко може решити применом општих правила. Осим тога, професор емеритус Обрад Станојевић, председавао је једном од сесија, што је почаст која се указује најугледнијим учесницима конгреса.

Шездесеттреће заседање *SIHDA*-е у Грчкој одликовало се мањим бројем учесника него што је то уобичајено. Наиме, организатор је ограничио број на највише сто учесника због ограничених капацитета, али и због чињенице да се с реализацијом почело необично касно. То је у извесном смислу имало и предности, јер је омогућавало бољу комуникцију међу учесницима. Главни организатори скупа нису били Грци него професори из Оксфорда (*Baudewijn Sirks*) и Лијежа (*Jean-François Gerkens*), што је свакако отежавало организацију конгреса. Због ових и других већ наведених специфичних околности које су пратиле овогодишњу *SIHDA*-у могу се разумети и опростити неки организациони пропусти, али и закључити да је и ово заседање *SIHDA*-е у Грчкој било успешно.

ПРИКАЗИ

Борис Беговић*

Richard B. McKenzie, Dwight R. Lee, *In Defense of Monopoly: How Market Power Fosters Creative Production*,
The University of Michigan Press, Ann Arbor 2008, стр. 297.

Свако ко је гледао ране холивудске вестерне добро зна за слоган да је само мртав Индијанац добар Индијанац. Аналогно томе, за многе каубоје политике заштите конкуренције нема доброг монопола – то је нешто што је неминовно лоше. Имајући управо кандидате за Џона Вејна у виду, Макензи и Ли написали су књигу којом су желели да покажу да ипак... није сваки (живећи) Индијанац тако лош.

Њихова основна поента, изложена већ у предговору, јесте да савршена конкуренција (она која је описана у економским уџбеницима уводног нивоа) не само да није остварива, него није ни пожељна. Ово стога, јер резултат такве конкуренције – цена која је једнака граничним трошковима, не ствара подстицаје за иновације, за нове производе и нове поступке производње, па тиме не долази до технолошког напретка, који је покретачки мотор привредног раста и увећања друштвеног благостања. Такве подстицаје за иновације, односно подстицаје за истраживање и развој, нуди управо очекивање да ће реализацијом те иновације предузетник постати монополиста и да ће на тај начин остварити и максимизовати економски профит (профит изнад опортунитетних трошкова капитала). У том контексту, монопол се сагледава као механизам који омогућава увећање укупне факторске продуктивности и привредни напредак. Бројни емпиријски радови показали су да је огроман, свакако натполовичан део привредног раста који се одиграо у последња два века, последица драматичног пораста укупне факторске продуктивности, а не акумулације, односно увећања количине ангажованих производних фактора. Имајући све то у виду, не чуди то што савремена теорија привредног раста управо подстицајима које ствара монопол, односно тржишна моћ, објашњава (ендогени) технолошки напредак.

* Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду и председник Центра за либерално демократске студије.

Но, кренимо редом. Прво поглавље књиге представља преглед доктрина економске науке и њихов однос према монополу. Централно место у овом прегледу посвећено је Шумпетеру (*Joseph Schumpeter*) и његовој теорији креативне деструкције – предузетници намерно разарају сопствене пословне пројекте, како би на њиховим рушевинама стварали нове, све у жељи да остваре монопол и да путем тог монопола присвајају односно максимизују економски профит. Иновације су отелотворене управо у тим новим пословним пројектима.

Друго поглавље посвећено је анализи ефеката монопола на алокативну неефикасност. Не спори се налаз да монополиста, с циљем максимизације сопственог профита, обара обим понуде како би подигао цену, што доводи до губитка потрошачевог вишка који није компензован порастом профита монополисте. Овај (статички) губитак благостања ставља се у однос са (динамичким) погодностима које нуди тржишна моћ. Иако се признаје постојање друштвених трошкова монопола услед трагања за рентом, односно њеним расипањем (улагање ресурса како би се државном интервенцијом обезбедио админстративни монопол), овом феномену, односно његовим негативним последицама по друштвено благостање, ипак се у овом поглављу не поклања довољно пажње.

Оним што савремена економска теорија назива производном неефикасношћу бави се треће поглавље књиге. Монополиста, будући да не осећа конкурентски притисак, не успева да максимизује профит, већ се део укупних прихода прелива у увећане трошкове. Налаз није споран, али се управо на овом месту у књизи јасно види жеља аутора да по сваку цену своје налазе прикажу као налазе супротне налазима савремене економске теорије. Аутори своје налазе погрешно упоређују са намерно врло поједностављеним моделима који се налазе у економским уџбеницима уводног нивоа, а не са теоријским моделима савремене економске науке који, руку на срце, садрже готово све од онога што се у овој књизи наводи да је „супротно од оног што тврде економисти...“.

Четврто поглавље је прво од оних којима треба да се покаже да монопол на дуги рок увећава друштвено благостање. У њему се разматрају механизми о којима је већ било речи у самом уводу књиге. То се, међутим, помало незграпно чини на случају *Microsoft* (што је вероватно цена популарности овог случаја), мада он не даје баш много материјала за тако нешто, да би се тек при крају прешло на праве ствари, а то су налази савремене теорије привредног раста. Кључно питање за привредни раст није шта ће се производити у садашњем тренутку, него шта ће се то производити у будућности – који ће се то производи тек створити? Следећи Ромера (*Paul Romer*),

једног од водећих савремених теоретичара привредног раста, аутори указују на то да је развој новог производа везан за фиксне трошкове, што значи да би до тог развоја уопште и дошло, цена мора да буде довољна да покрије те трошкове, а то се може постићи само уколико постоји економски, односно монополски профит. Укратко, монопол омогућава технолошки, па тиме и економски напредак.

Проблему купаца који у случају монопола немају избор, посвећено је пето поглавље књиге. Показало се да, услед међузависности у потрошњи (ефекти мреже), нарочито у случају савремених технологија (рачунарски оперативни системи, на пример), које су засноване на међусобној комуникацији корисника, чињеница да корисник (онај други из исте мреже) нема избор значи повећање благостања за све оне који су у таквој мрежи. Још један добар Индијанац!

Шесто поглавље бави се објашњавањем занимљивог проблема: због чега је у једној грани која има велике фиксне и мале граничне трошкове (железници), конкуренција довела до монопола, а у другој грани која има сличну функцију трошкова (хотелијерство) није? Одговори се крију на страни тражње. Прво, хотели имају карактер клупског добра, па је битно не само какав је квалитет хотела, него и ко одседа у њему. Због тога су гости спремни да плате цену изнад граничних трошкова како би били сигурни да у пијано бару неће седети они којима то не припада. Друго, цена хотела говори о његовој репутацији, односно квалитету. Не може се градити репутација на бази ниске цене. Све је то омогућило да се у хотелијерству одржавају цене које одражавају тржишну моћ, док у железници то, једноставно, није било могуће. Зато је цена у хотелијерству била довољна да се покрију фиксни трошкови, а железничка карта то није омогућавала.

Феномену монопсона, ситуације у којој на страни тражње постоји само један привредни субјекат, посвећено је седмо поглавље књиге. Разматра се случај типичног рударског града у коме рудник не само да је једини послодавац, него и поседује све оно на шта рудари и њихове породице троше новац. Суморна слика, нарочито за житеље тог града, али кључно питање је нешто друго, а то је мобилност радне снаге, не само територијална. Нејасно је због чега је ово поглавље уопште уврштено у књигу.

Осмо поглавље је вероватно занимљиво за читаоце у САД, али случај *NCCA* (Национално спортско универзитетско удружење) као монопсона није од превеликог интересовања за оне који нису зависници од, на пример, америчке универзитетске кошарке. У том смислу треба размотрити и релевантност одговора на питање да ли су амерички академски спортисти довољно плаћени. Ово поглавље пре свега показује колико Америка брине о „остатку света“.

Срећом, девето поглавље се враћа основној теми књиге и експлицитно повезује предузетништво и монопол, пре свега анализом подстицаја које монопол генерише предузетницима. Важна је поента да се баријере уласку које стварају сами предузетници могу посматрати као механизам којим се остварује основни циљ – монополски профит. А кључ за стварање таквих баријера уласку управо су предузетничке иновације.

Финално, десето поглавље бави се заштитом интелектуалне својине, односно патентних права и опет се покрећу питања доброг и лошег монопола (не Индијанца). Нажалост, аутори, одступањем од савремене економске теорије, стварају конфузију раздвајајући појмове економског профита и монополске ренте, па уз погрешну интерпретацију ове категорије профита, дају савет да је економски профит увек добар, док монополска рента може да буде лоша. Једино још да су читаоцу објаснили шта да се ради у ситуацији у којој је целокупан износ економског профита није ништа друго него монополска рента.

Књига је писана јасним стилом, нема тешког жаргона економске струке, једино што је нешто мало знања економије потребно за тумачење графикона који су кључни за разумевање излагања у неким поглављима. То књигу чини привлачном и за друге струке. Замерка једног економисте овој књизи је да је у њој савремена економска теорија скицирана нетачно и пристрасно. Ипак, књига заиста подстиче на дубоко размишљање о кључним предусловима привредног напретка, о садржају појма конкуренције, о ефектима монопола (без обзира на то који су мотиви монополисте), о људској природи и потребама које из те природе произлазе. То је чини веома вредном. Осим за оне који сматрају да знају све о монополу. А такви, бар у Србији, нису ретки.

Др. Јовица Тркуља*

Михаило Ђурић, *Сабрани списи*, 1 12,
ЈП „Службени гласник“ и Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2009.

Као научник и филозоф, академик Михаило Ђурић (Шабац, 1925) веома је плодан писац. Делујући у широком временском раздобљу од шест деценија, објавио је десетине студија и монографија, на стотине чланака, расправа и прилога у домаћим и страним часописима и зборницима. Свој научни и филозофски рад Ђурић је усмерио у почетку на историју политичке филозофије, социологију и методологију друштвених наука, а потом се усредсредио на фундаменталне проблеме филозофије. До сада је објавио следеће књиге: *Идеја природног права код грчких софиста* (Београд 1958), *Проблеми социолошког метода* (Београд 1962) *Социологија Макса Вебера* (Загреб 1964) *Хуманизам као политички идеал* (Београд 1972), *Mythos Wissenschaft, Ideologie* (Амстердам 1979), *Утопија измене света* (Београд 1979), *Ниче и метафизика* (Београд 1984), *Nizshe und die Metaphysik* (Berlin, New York 1985), *Изазов нихилизма*, (Београд 1986), *Путеви ка Ничеу: прилози филозофији будућности,* (Београд 1992), *Искуство разлике: суочавања с временом* (Београд 1994), *О потреби филозофије данас: филозофија између Истока и Запада* (Нови Сад 1999), *Крхко људско добро: актуелност Аристотелове практичке филозофије* (Београд 2002).

У овим књигама испољена је Ђурићева изузетна ерудиција, добро познавање предмета о коме пише, доследна и целовита сопствена мисао о свету у коме живимо. Његово дело и делатност својеврстан су пледоаје за одговаран, храбар и принципијелан ангажман инелектуалца у нашем времену. Својим књигама и јавним наступима он је поставио образац и меру таквог ангажмана са тежиштем на аутономној принципијелној позицији, наглашеном личном ставу и на јединству

* Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, а основу текста представља реч изговорена на промоцији *Сабраних списа* Михаила Ђурића на Коларчевом народном универзитету у Београду, 23. марта 2010. године.

мишљења, говора и чињења. Сви његови радови су израз аутентичне филозофске егзистенције која извире из потребе за истином, из отворености за њу и непоколебљиве спремности да јој се служи. У њима је он излазио у сусрет животној потреби суочавања са изазовима нашег времена, трагања за одговорима на пресудна питања, настојећи да у том дубинском, а не површном смислу, „своје време мислима обухвати" (Хегел).

Ђурићева предавања, јавне иступе и текстове краси елегантан стил и прецизан језик који га сврстава у достојне следбенике београдског стила, чији је родоначелник у праву Слободан Јовановић. Ђурић спада у врхунске беседнике и стилисте, који се сваком својом речју и сваким својим ретком труди да мислима и идејама даде примерен и складан језички оквир, да њихов унутрашњи склад и мисаону лепоту изрази на тако јасан, сређен, елегантан, леп начин. Такав однос према језику израз је самосвести да је „језик упориште и залог нашег постојања. Изван језика нити бивствујемо, нити можемо бивствовати, свеједно да ли као појединци или као народ" (Д. Баста).

О интелектуалној и моралној величини Михаила Ђурића сведоче судови које су о њему изрекли водећи савремени мислиоци, његове колеге и сарадници, као и награде угледних националних и европских институција. Ценећи Ђурићев рад и допринос филозофији, његове немачке колеге на челу са проф. др Јозефом Симоном припремили су и објавили 1985. године зборник радова посвећен њему у част његовог шездесетог рођендана. Поводом његовог седамдесетог рођендана објављен је међународни зборник радова *Криза и перспективе филозофије* (Терсит, Београд 1995), а у част његовог осамдесетог рођендана објављен је свечаник *Мишљење у вртлогу нашега времена* (Гутембергова галаксија, Београд 2005). Добитник је Октобарске награде града Београда за 1990. годину, награда најстаријих и најпрестижнијих националних установа (Матице српске, Коларчеве задужбине, Радио-Београда), награде „Лаза Костић" за 2000. годину и „Рашке хрисовуље" за 2003. годину. За заслуге и доприносе у области филозофије добио је 2009. године Међународну награду „Проф. Луиђи Тартуфари" Националне академије наука Републике Италије.

Својим јавним наступима и ангажманом Михаило Ђурић је, као мало ко у Србији, афирмисао етос аутономног критичког интелектуалца: 1) одбио је да националистичким страстима и имбецилним политичким одлукама прибави морални ауторитет; 2) није постао промотер мржње и рата; 3) није ни по коју цену пристао да пљује по властитом народу; 4) смогао је снаге да по цену репресије, изгона, затвора, маргинализације, понижења и сиромаштва – сачува своју аутономну критичку позицију, те да се часно, одговорно и професионално бави својом професијом; 5) успевао је да одржи и

афирмише етос јавног делања утемељеног на јединству мишљења – говора – делања, на прожимању животног и мисаоног опредељења; 6) настојао је да понуди компетентне стручне одговоре на судбоносна питања и изазове времена.

Због оваквог аутономног и критичког јавног деловања, Ђурићева сјајна универзитетска и научна каријера сурово је прекинута почетком седамдесетих година, када је због своје доследне борбе за истину, правду и владавину права, због чврсте вере у слободу мишљења, говора и интелектуалног стваралаштва – осуђен на робију. Човек који је у храбрости за истину видео највиши израз људског дотојанства, професор који је своје студенте учио да је љубав према истини и правди највећа страст људског ума, те да је присуство аутономног критичког интелектуалца у модерном полису кључ демократије – нашао се у злогласном затвору у Пожаревцу.

Са Ђурићевим одласком у тамницу, утамничени су видици и путеви ка модерној и демократској Србији, ускраћена јој је могућност укључивања у заједницу просвећених народа. Отпочело је гушење интелектуалне и друштвене свести, претварање грађана у поданике. Упркос чињеници да је својим говором пророчански указао на погубне последице уставних промена, које су каснија збивања потврдила, проф. Ђурић је казну од девет месеци строгог затвора издржао у целости.

Осуда и изгон Михаила Ђурића због преступа мишљења задирали су у саму срж моралне савести и духовног здравља нашег друштва. Они су потврда безумља охолих властодржаца и њихових ратничких похода на институције културе. Истовремено, то је био и знак беса, несигурности, болести и слепила тога поретка који је таквим понашањем себи самом одредио моралну осуду пред историјом.

Са данашње дистанце „случај професора Ђурића“ се приказује као парадигма са трагичним последицама како за даљи развој науке и филозофије, тако и за духовно здравље и интелектулани рад у целини Србије крајем XX века. Обистиниле су се Ђурићеве речи које је упутио својим судијама: „Ово суђење није само моја ствар и не тиче се само мене лично. Његово покретање и одржавање имају много шири друштвени значај. Утолико, пресуда коју ће овај суд донети неће погодити само мене. Она ће одлучити о судбини једног великог начела које у храбрости за истину види највиши израз људског достојанства и најјачу потврду друштвеног ангажовања, па ће, према томе, та пресуда утицати и на животне изгледе мојих ђака код којих сам толико година настојао да пробудим љубав према истини као највећој страсти ума или, што је једно те исто, љубав према правди као најважнијој одредници картактера“.

Осуда и изгон професора Михаила Ђурића и других професора Правног факултета у Београду седамдесетих година XX века представљају беочуг у дугом ланцу сличних, како прошлих, тако и будућих драма-трагедија интелектуалаца на овим просторима. Ту се, заправо, сусрећемо са великом хипотеком српске традиције коју ће аутономни критички интелектуалци још дуго носити као крст на својим леђима. Реч је о остракизму интелектуалца у Србији – неповерењу и најгорем могућем односу према најумнијим људима.

Својим делом и јавним делањем професор Ђурић је пресудно утицао на формирање и академски пут низа нараштаја. Ослобађајући их једноумља, многих заблуда и предрасуда, лажне вере, лоших ауторитета и погрешних алтернатива, учинио је све да његово дело њима и долазећим генерацијама светли као путоказ.

Имајући све ово у виду, издавачи ЈП „Службени лист СРЈ" и „Терсит" из Београд су 1997–1998. године објавили *Изабране списе* Михаила Ђурића у десет књига. У релативно кратком периоду ово издање је распродато, тако да су ЈП „Службени гласник" и Правни факултет Универзитета у Београду одлучили да издају ново, допуњено издање изабраних списа академика Михаила Ђурића. Захваљујући томе на Београдском сајму књига октобра 2009. године појавили су се његови *Сабрани списи* у дванаест књига: 1) *Из историје античке филозофије,* 270 стр.; 2) *Хуманизам као политчки идеал,* 350 стр.; 3) *Проблеми социолошког метода,* 300 стр.; 4) *Социологија Макса Вебера / Из историје модерне филозофије,* 270 стр.; 5) *Стихија савремености,* 290 стр.; 6) *Утопија измене света/Мит, наука, идеологија,* 390 стр.; 7) *Ниче и метафизика,* 270 стр.; 8) *Путеви ка Ничеу,* 350 стр.; 9) *Изазов нихилизма/Искуство разлике,* 295 стр.; 10) *Савремена српска филозофија,* 300 стр.; 11) *О потреби филозофије данас,* 290 стр.; 12) *Крхко људско добро,* 370 стр.

Ово издање *Сабраних списа* академика Михаила Ђурића разликује се од *Изабраних списа* у неколико битних момената. Пре свега, оно садржи два тома више, састављена од књига и радова које проф. Ђурић објавио током протекле деценије. Осим тога, како би се добила кохерентнија целина опуса, извршене су неке промене у редоследу томова, тако да је пређашњи четврти том, књига *Хуманизам као политички идеал*, сада штампан као други, док ранији други и трећи том сада су постали трећи и четврти. Коначно, извршен је нови прелом целокупног текста, тако да томови у садашњем издању имају мањи број страница.

Није случајно што се као издавачи новог издања *Сабраних списа* појављују ЈП „Службени гласник" и Правни факултет Универзитета у Београду. ЈП „Службени гласник" је правни и програмски наследник ЈП „Службеног листа СФРЈ/СРЈ/СЦГ", па је било природно да узме учешће у садашњем подухвату, док се Правни факул-

тет, на којем је проф. Ђурић провео двадесетак година, прошавши сва универзитетска звања, на овај начин одужује једном од својих најзнаменитијих угледника, који је из ове институције брутално изгнан 1972. године. Пошто је прво издање за протеклих десет година распродато, ове две куће су одлучиле да заједничким напором предузму објављивање овог проширеног издања.

Сви томови су поново прегледани и из њих су отклоњене поједине заостале штампарске грешке; уз то, унете су извесне ситне језичке и стилске исправке, као што су извршена и одређена уједначавања и прилагођавања, с обзиром на околност да је реч о опусу који је настајао током готово шездесет година. Поред тога, делимично су прерађени и употпуњени пописи имена који су приложени на крају сваког од томова, док се у завршном, дванаестом тому налази и целокупна досадашња библиографија академика Михаила Ђурића, с назнакама о местима где се поједини засебни радови налазе у садашњем објединјеном издању.

Захвалност за појаву *Сабраних списа* Михаила Ђурића дугујемо пре свега ЈП „Службени гласник“ и Правном факултету Универзитета у Београду, али и рецензентима проф. др Здравку Кучинару, писцу предговора, проф. др Јовану Арнађеловићу, писцу поговора, проф. др Мирку Зуровцу, рецензенту 11. књиге, академику Николи Милошевићу и проф. др Данилу Басти, рецензентима 12. књиге, доц. др Александру Гордићу, који је заједно са екипом „Досије студија“ из Београда урадио комплетну припрему.

Стицајем околности, у време када су се *Сабрани списи* Михаила Ђурића појавили у књижарама Србије, Окружни суд у Београду донео је Решење о рехабилитацији Михаила Ђурића (4. јануара октобра 2009. године). Јасно је да ова судска рехабилитација није потребна проф. Ђурићу. Њега је рехабилитовала истина онога што је говорио и потоња историја. Али, та рехабилитација је потребна сваком часном човеку и друштву које држи до истине, правде и владавине права. Мада је чин правне рехабилитације проф. Ђурића дошао прекасно да би зацелио дубоке ожиљке у његовом животу, да би искупио нашу још сасвим неугаслу савест – он, ипак, има шири принципијелни значај. Тај чин у нашем времену доминације насртљиве политичке моћи и великих апетита гладних власти, у годинама немира и моралних посртања, пробудио је веру да нису порушени сви мостови који нас повезују са великим цивилизацијским тековинама слободе мишљења и аутономије научног рада; да још има наде за човеков усправан ход, за јеретике и „крадљивце ватре“. Најзад, повратио је самопоуздање посрнулој српској интелигенцији, оснажио веру да све док она буде имала јеретике који ће отворено и критички саопштавати своје мишљење без обзира на пресију власти, дотле ће бити наде и за народ коме та интелигенција служи.

Др Милена Полојац*

Tamás Nótári, *Law, Religion and Rhetoric in Cicero`s Pro Murena*, Schenk Verlag, Passau 2008, p. 200.

У години 63. пре н. е. Марко Тулије Цицерон успешно брани Луција Лицинија Мурену, једног од двојице изабраних конзула, који је оптужен за *ambitus,* кривично дело изборне корупције. У улози тужиоца, међу осталима, нашао се Сервије Сулпиције Руф, један од најбољих и најугледнијих правника из периода Републике.

Мађарски романиста Тамаш Нотари, ванредни професор на Карољ Гашпар Универзитету у Будимпешти, који је истовремено и класични филолог с докторатом из средњовековне латинске филологије, у овом Цицероновом говору нашао је подлогу за монографију интердициплинарног карактера, што је видљиво већ из њеног наслова. Наиме, он слаже мозаик од различитих сегмената, почев од историјске позадине говора, бавећи се затим личностима Луција Лицинија Мурене и чувеног правника Сервија Сулпиција Руфа, да би прешао на теме из реторике као што је, на пример, Цицеронова теорија о савршеном говорнику. Следе целине везане за архаичне правне институте као што су *legis actio sacramento in rem* и форме за установљење мануса над женом у брачном праву, а аутор истиче уску везу између права и религије.

Књига започиње уводном речи професора Габора Хамзе, који се и сам у великој мери бавио Цицероновим делом[1] (стр. 7–8). Следи предговор аутора (стр. 9–12). Књига се састоји од два главна дела. Први је насловљен *Правна и реторичка позадина говора* (стр. 13–62), док се у другом под насловом *О говору у одбрану Мурене* 26–27 аутор бави правним институтима који се помињу у поменутим параграфима говора и доводи их у везу с религијом (стр. 63–151). Следи закључак (стр. 153–156), а књига је снабдевена и списком скраћеница

* Ауторка је ванредни професор Правног факултета Универзитета у Бео граду.

1 На пример, G. Hamza, „L’attualità della teoria ciceroniana dello Stato“, *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 61/1995, 69 77.

античких извора (157–161), списком скраћеница цитиране литературе (стр. 162–171) као и индексом извора (стр.173–191), као и резимеом на латинском језику – *Epitoma* (193–200).

Након што је у предговору дао преглед тема којима ће се бавити, први део књиге аутор започиње објашњавањем историјске позадине говора (стр. 13–16). Наиме, требало је објаснити тешку политичку и професионалну позицију Цицерона. Луциус Лициниус Мурена и Децимус Иуниус Силанус су у 63. години пре н. е. изабрани за конзуле за следећу, 62. годину пре н. е. Њихови поражени противкандидати су чувени правник Сервије Сулпиције Руф и Луције Сергије Катилина, узрочних бурних догађаја опасних по Републику који су кулминирали баш у тој години. Свакако је одбрана Републике била важан мотив за Цицерона да се као конзул прихвати одбране Луција Лицинија Мурене оптуженог за поткупљивање гласача. Цицеронова одлука није могла бити лака из више разлога. Најпре, тужилац је био Цицеронов пријатељ, чувени правник и човек високог угледа, па је одбрана Мурене била истовремено и напад на Сервија Сулпиција Руфа у извесном смислу. Треба имати на уму и то да је сам Цицерон као конзул био предлагач закона којим се пооштравају казне за изборне преваре – *lex Tullia de ambitu* у чему га је подржао и Сервије Сулпиције Руф.[2] Аутор даје кратак преглед кључних догађаја везаних за Катилинину заверу и закључује да би се говор у одбрану Мурене могао сместити у последње дане новембра 63. г. пре н. е.

Затим се кратко осврће на структуру говора (17–18). Посебно место заузима *contentio dignitatis,* део у којем Цицерон упоређује углед два супарника у корист свог клијента Мурене. У овом контексту он упоређује професију оратора (*eloquentia*) и војника (*res militaris*) с правничком каријером *(iurispurdentia*). Цицерон даје предност беседништву и војничкој вештини у односу на јуриспруденцију,[3] што није израз његовог личног става, наглашава аутор, већ је реч о захтеву професије, у овом случају реторике.

Следи део у којем аутор, ослањајући се претежно на теорију Момзена и Кункела, објашњава порекло и развој *questiones,* трибунала надлежних да одлучују у кривичним стварима. Посебно важно место заузима *questio de ambitu,* тело које одлучује у случају кривичног дела изборне преваре (*crimen ambitus).* Ово кривично дело је санк-

[2] Сандра Шћепановић је на српски превела први део говора *Pro Murena* (1 30). У предговору детаљније говори о деликатном положају Цицерона, његовој домишљатости како да ову ситуацију реши што говор чини занимљивим и другим историјским и политичким околностима везаним за говор, С. Шћепановић, „Пре дизборни број: Цицерон, *Pro Murena* (први део)“, *Lucida intervalla,* 10 11, 4 5/1999, 1 9.

[3] Cic. *Mur*. 30: *duae sint artes igitur quae possint locare homines in amplissimo gradu dignitatis, una imperatoris, altera oratoris boni.*

ционисано у више наврата. Код Тита Ливија се спомиње *lex Cornelia Baebia* из 181. године пре н. е, док је доношење оваквог закона у време Суле спорно. У говору *Pro Murena* спомиње се *lex Calpurnia* као и *lex Tullia* донет за време Цицероновог конзулата. Нотари се такође бави развојем правне регулативе везане за изборне преваре, објашњавајући улогу удружења и клијената у изборима (стр. 19–30**).**

У трећем и четвртом поглављу првог дела књиге аутор у средиште интересовања ставља централне личности говора. С једне стране, то је Цицеронов клијент, тужени Луције Лициније Мурена, личност с војничким искуством и политичком каријером градског претора и пропретора у Галији. Нотари га, приклањајући се ставу Адамица (*Adamietz*), карактерише као не особито занимљиву личност. Осим биографских података, аутора занима Цицеронов став о војничкој вештини (*ars militaris)* и наглашава да нема много места у Цицероновом опусу посвећених овом питању изузев у делу филозофског карактера О дужностима (*De officiis*). Цицеронов став се уклапа у општи став Римљана по којем војничка вештина има примат пред било којом другом активношћу, те је извор највеће могуће славе.

Друга личност је славни правник Сервије Сулпиције Руф о којем аутор пише у четвртом поглављу (стр. 33–42). Пре него се посветио праву, ишао је на Родос ради изучавања реторике. Обављао је функције квестора и претора у исто време као и Мурена који му је, дакле, био колега, али се није прихватио функције пропретора, него је остао у Риму и бавио се давањем правних савета као *iuris consultus*. Аутор покушава пронаћи разлоге који су довели до Сулпицијевог изборног пораза у 63. години и закључује да је то због недостатка одговарајућег друштвеног утицаја и подршке, пријатељских и клијентских веза, с обзиром на то да су међу осталим, *gratia* и *amicitia* биле важне вредности. Оне нису биле само етичке категорије, него средства којима се служи у јавном животу. Без ових вредности које држе на окупу водеће римске кругове, био би потребан много већи државни апарат да управља империјом. Други разлог неуспеха Сервија Сулпиција, према мишљењу аутора, треба тражити у његовом карактеру који није био довољно одлучан и борбен. Мурена као претор који је организовао јавне игре, био је активнији и популарнији од свог колеге Сервија Сулпиција. Додатни разлог је и општи страх од Катилине који се такође, као што је познато, у исто време кандидовао за конзула.

У литератури је много дискутовано питање о Цицероновом односу према праву: да ли би се ова свестрана личност могла сматрати правником и у којој је мери Цицерон придавао важност познавању права у својим активностима говорника и политичара.[4]

[4] Везу између Цицерона и права свакако је најбоље показао Емилијо Коста проналазећи сва места у Цицероновим делима која се односе на право, E. Costa, *Cicerone giureconsulto*, I II, Bologna 1927.

Из Цицероновог дела недвосмислено произлази, закључује аутор, да беседништво (*eloquentia*) има приоритет над правном вештином (*iurisprudentia).* Наиме, беседништво има већу ширину него право. Правник може бити успешан и када не познаје *ars oratoria*, док се не може замислити добар беседник (*orator*) уколико не познаје право у некој мери. Ову тему аутор разрађује у петом поглављу посвећеном Цицероновој теорији о идеалном говорнику (*perfectus orator*)[5] коју он износи у делу *De oratore*, полазећи од пет елемената који доводе до успеха у говорништву: *natura* (таленат), *exercitatio* (вежба), *imitatio* (опонашање узора), *studium* (марљивост), *ars* (познавање правила ораторске вештине).[6]

Последње шесто поглавље у овом првом делу књиге посвећено је хумору као средству реторике код Цицерона (стр. 49–61). Нотари најпре говори о општим ставовима Цицерона који произилазе највише из његовог дела *De oratore*.[7] Један од кључних Цицеронових ставова, наглашава аутор, је мера у коришћењу овог моћног реторичког средства. Иако је и сам Цицерон био домишљат и оштрог језика, водио је рачуна да употребном хумора не проузрокује непоправљиву штету вређањем противника. Та иста правила применио је у говору *Pro Murena* против Сервија Сулпиција Руфа, тако што је изричито истицао моралне и интелектуалне врлине свог противника,[8] а иронију је усмерио ка јуриспруденцији којом се његов опонент бави. Аутор ову тезу поткрепљује детаљном анализом одговарајућих места у говору (стр. 52–61) и закључује да Цицерон комичне ефекте усмерене против правника постиже употребом грецизама, сентенци и речи из правне терминолигије, цитатима из легисакционог поступка у којима је наглашен формализам. У говору *Pro Murena* Цицерон не пориче општи значај јуриспруденције и права као система норми. Његова критика усмерена према праву остаје на површини и вероватно није израз Цицероновог уверења, него потребе у једном тешком политичком тренутку, закључује аутор.

Други део књиге обухвата претежно теме из архаичног римског права које су везане за параграфе 26 и 27 говора. У параграфу 26 Цицерон говори о спору око земљишта који се води у строгој вербалној форми, критикујући застарели формализам уз употребу хумора, чиме

---

5 Ово је најчешћи израз, напомиње аутор, али се могу наћи и следећи из рази: *plenus atque perfectus orator, doctissimus et perfectissimus, summus orator, verus orator, omni laude cumulatus, excellens orator, perfecte eloquens.*

6 О томе М. Будимир, М. Флашар, *Преглед рисмке књижевности,* Београд 1986[3], 253 и сл.

7 О овоме више С. Аврамовић, *Rhetorike techne, Вештина беседништва и јавни наступ,* Београд 2008, 127.

8 *..homo sapientissimus atque ornatissimus, Mur.* 7. Детаљније Claude Canteg rit Moatti, „Droit et politique dans le „Pro Murena“ de Cicéron“, *Revue historique de droit français et étranger,* 4/1983, 515 530.

се Цицерон обрачунава с јуриспруденцијом у намери да одбрани свог клијента. Нотари исправно закључује да је реч о архаичном поступку *legis actio sacramento in rem.* У средишту његове пажње је уводни део овог поступка *manum conserere* који се састоји у узимању у руку предмета спора у присуству обе странке и магистрата у поступку *in iure* (*Aulus Gellius*, 20.10.1–10, *Gaius, Gai Inst*. 4.16–17). У покушају да се овај поступак објасни у случају виндикације земљишта, Нотари се ослања на теорију Казера коју је прихватио и разрадио Герхард Тир.[9] Наиме, у архаичном праву *manum conserere* се могао применити само у случају покретних ствари, док су у случају спора око земљишта тужилац и тужени заједно с претором одлазили на земљиште које је предмет спора. Ту се обављала ова уводна процедура, па је земљиште било *ius*. Тек касније, кад се развило апстрактније мишљење, овакав облик поступка замењен је доношењем *in iure* – пред претора, грумена земље као симбола ствари.

У следећем поглављу (стр. 69–79) аутор прави паралелу између вербалног, строгог формализма код *legisactio sacramento in rem* и неких религиозних ритуала који припадају тзв. *ius sacrum* као што је на пример *dedicatio.* Овде узима за пример догађај о којем сведочи Плиније Старији смештен у II век пре н. е., а односи се на посвећење храма богиње Опс Опифера, с обзиром на то да је *pontifex maximus* Метел, чија је дужност била да изврши овај религијски ритуал, имао проблема с течним говором који је неопходан у овом случају (стр. 70–72). Затим се бави вербалним аспектом код интрепретације изненадних догађаја, чуда (*prodigium*)[10] на примеру догађаја који описује Плиније Старији, када је приликом постављања темеља за Капитоски храм пронађена људска глава. С обзиром на то да Цицерон употребу формула легисакције назива изразом *carmen,* Нотари се, у покушају да објасни значење речи, осврће на њену употребу у Закону дванаест таблица (*malum carmen*), а такође и на поступке *excantatio* (врачање, чарање) и *evocatio,* обраћање на ритуални начин путем песме божанству града под опсадом уз молбу да га напусти и преда Римљанима, што представља религијски поступак пред разарање града под опсадом. Ослањајући се на ставове у литератури, Нотари закључује да се инсистирање на тачности и редоследу у изговореној вербалној форми може описати као неуротично, а може се објаснити карактером римске религије за коју су везане дисциплина, анксиозност, забране и потискивања за разлику од грчке религије која релаксира и растерећује.

---

[9] M. Kaser, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht,* Weimar 1956, 225 i sl; G. Thür, „Vindicatio und deductio im frührömischen Grundstükstreit“, *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung,* 94/1977, 296.

[10] C. Zintzen, „Prodigium“, *Der Kleine Pauly,* 4, München 1979, 1151 1153.

У трећем поглављу другог дела књиге насловљеном *Festuca and hasta* (стр. 80–97), аутор се бави питањем симболике штапа и копља, полазећи од тога да међу њима није било значајне разлике у почетку с обзиром да су оба били прављени од дрвета и да је копље било дугачак, оштар штап направљен од тврдог дрвета које се ради још јаче тврдоће стављао у ватру.[11] Нотари полази од дефиниције коју даје Фестус: *hasta summa armarum et imperii est,* у којој копље повезује с империјумом, највишом влашћу у војној и политичкој сфери, али и религиозној почевши још од времена краљева. Позивајући се на многобројне, нарочито литерарне изворе, Нотари показује симболику копља код продаје и својине. Затим ову римску симболику копља повезује с грчким пандaном с називом *скептрон,* позивајући се у највећој мери на Хомера. Аутор поставља питање како је скептрон, који је у почетку вероватно као и код Римљана био само штап, могао постати симбол владара и његове моћи. Ослањајући се на ставове у литератури, Нотари закључује да симболика штапа потиче од тога што су га носили старији људи који су били племенски вође. Посебан наслов посвећује копљу бога Марса, полазећи од описа церемоније у Сервијевом коментару Вергилијеве Енеиде. Ово поглавље завршава описом улоге и симболичког значења ликтора као пратилаца магистрата с империјумом и прућа (*fasces*) које симболизује ту власт.

У четвртом поглављу, последњем који се односи на *legis actio sacramento,* аутор се бави природом ове старе форме судског поступка (стр. 98–108). То чини повлачећи паралеле. Најпре овај поступак приватног права упоређује с тзв. *ius fetiale*, нормама свештеничког колегија фецијала у чијој је надлежности поред осталог било закључење уговора о савезу (*foedus*) и објава рата (стр. 98–103). Аутор наглашава да су Римљани први тумачили рат као правну чињеницу и створили концепт праведног рата (*bellum iustum*), који је утицајан и данас, и који је најбоље формулисан у Цицероновом филозофско-политичком делу *De legibus*. Није сваки конфикт рат. *Bellum* може бити само између народа (*populi*), а непријатељ може бити само неко ко има организовану државу. Полазећи од детаљног описа објаве рата код Тита Ливија којем претходи захтев римског народа за сатисфакцијом (*rerum repetitio, clarigatio*),[12] Нотари налази низ паралела између овог поступка и приватног *legis actio sacramento*. То су строги вербални формализам, употреба заклетве, циљ који је усмерен на повраћај ствари коју противна страна про-

[11] О овоме сведочи и Гај када у *Институцијама* каже (4.16): *Festuca autem utebantur quasi hastae loco, signo quodam iusti dominii; quod maxime sua esse credebant quae ex hostibus cepissent; unde in centumviralibus iudicii hasta praeponitur.*

[12] О овоме детаљније Guido Donatuti, „La ‘clarigatio’ o ‘rerum repetitio’ e l’istituto parallelo dell’antica procedura civile romana“, *IURA. Rivista internazionale di diritto romano e antico* 6/1955, 31 46.

тивправно поседује, уз символику штапића односно копља и сл. Следећа паралела односи се на ситуацију која је описана у Плаутовој комедији *Касина*. Наиме, Касина је робиња коју је својом имовином купила Атињанка Клеострата жена Лисидамуса. Спор настаје око тога ко има право да располаже робињом с обзиром на то да сваки од супружника жели Касину за свога роба. У поступку који се тим поводом води учествују и робови супружника који примењују физичку силу, али се истовремено примењује и *oraculum* (пророчанство) које се ослања на *sortio* (жреб, коцку) те се одлука препушта вољи богова који ће одлучити које ће од две *sortes* прва испливати на површину. Аутор повлачи паралелу с поступком *legis actio sacramento* у случају виндикације која се огледа у употреби стварне силе у почетку, а касније символичке кориштењем штапића (*festuca*), уз употребу свечаних речи (*verba sollemnia*) укључујући и заклетву чиме се препушта одлука вољи богова.

Пето и шесто поглавље књиге посвећено је питањима брачног права, веридби и браку (стр. 109–122), као и положају жене у манус браку (123–135). С обзиром на то да је веридба, *sponsalia,* закључивана у форми спонзије, аутор прави паралеле с употребом овог старог контракта у међународном праву, а затим настоји утврдити линију развоја овог института ослањајући се на многобројне, углавном литерарне изворе почевши од Варона, Аула Гелија, итд. Када говори о установљењу мануса над женом (*conventio in manum*) и церемонијама закључења брака, Нотари наглашава да форме установљења мануса нису истовремено и форме закључења брака. Детаљно описује *confarreatio* ослањајући се на Гајеве *Институције*, а затим Сервијеве коментаре Вергилијеве *Енеиде* и друге литерарне изворе. Аутор се посебно осврће на онај део ритуала који се у вербалној форми одвија у моменту када младожења и млада долазе у свој дом и младожења пита младу: *Quaenam vocaris?,* а она одговара *Ubi tu Gaius, ego Gaia.* То је формула коју помиње и Цицерон у 27. параграфу говора у одбрану Мурене, користећи је као средство хумора усмерено против, по Цицерновом схватању, непотребног правног формализма. Нотари се супротставља ставу једног броја модерних научника који речи *Gaius* и *Gaia* тумаче као имена (*praenomina*) и прихвата став Форсајта (*Forsythe*) који интерпретира ове речи као придеве у значењу сретан и сретна. Кад је реч о форми установљења мануса у виду привидне продаје познатом као *coemptio,* Нотари се, између осталог, баве питањем ко је продавац, истичући да су у литератури мишљења подељена. Аутор следи мишљење Бендека који негира да је продавац била жена, ослањајући се на одговарајуће место у *Laudatio Turiae.* Последњу форму установљења мануса, *usus*, аутор објашњава имајући у виду три најважнија извора: Гајеве *Институције*, Севијеве коментаре Вергилијевог дела *Георгика*, као и

Боетијево објашњење Цицероновог дела *Топика*. У шестом поглављу, у којем се бави положајем жене под влашћу мужа (*uxor in manu*), аутор износи занимљиву тезу Броса (*Brósz*) који сматра да *uxor in manu* није агнат свога мужа и његове породице, прихватајући његову аргументацију.

Последње, седмо поглавље другог дела књиге Нотари посвећује проблему интерпретације и чувеној правној сентенци *summum ius summa iniuria*, као и с њом уско повезаној *ius est ars boni et aequi*, које служе као путоказ код тумачења права (стр. 136–151). Наиме, у параграфу 27. говора у одбрану Мурене, Цицерон наглашава разлику између слова закона и принципа правичности – *aequitas*, критикујући правнике који су занемарили правичност, али су се чврсто држали речи (*in omni denique iure civili aequitatem reliquerunt, verba ipsa tenuerunt).* Након што је аутор најпре анализирао различита значења израза *interpretatio* у свом историјском развоју, он се усредсређује на чувену максиму *summum ius summa iniuria* која се најпре појављује код Теренција, а затим код Хиеронима, Колумеле, али у нешто другачијем облику као *summum ius summa malitia.* Нотари наглашава да је сентенца у Цицероновом делу *De officiis* (I. 33) доживела развој, те да није реч више само о колизији између правних и моралних норми, него конфликт постоји сада унутар правног система.[13] Наиме, реч је о злоупотреби права у случају дословне, а не смислене интерпретације правних норми. То је случај када се чини неправда под маском малициозне примене привидно законитог захтева. С овим је у уској вези примена чувене Целзове максиме у којој се право (*ius*) изједначује с *aequitas.* Нотари анализира значење *aequitas,* израза који се појављује на много места у Цицероновим делима, нарочито оним теоријског карактера, а затим, следећи ставове Прингсхаима, сумарно говори о променама до којих је у концепту *aequitas* дошло након Цицерона.[14]

У закључку монографије аутор указује на постојање дела сличне садржине написаног пре тридесетак године, чији је аутор Алфонс Бирге.[15] Тамаш Нотари је на сликовит начин приказао своју деликат-

---

[13] То начело Цицерон објашњава на следећи начин наводећи пример: не правде такође настају извртањем права, односно врло препреденим, чак и злона мерним тумачењем закона. Отуда је и постала општа изрека: *Summum ius, summa iniuria*. На овај начин се чак и у државним стварима често греши, као што је случај с оним војсковођом који је с непријатљем склопио педесет дана примирја, па је ноћу пустошио поља, јер се, по њему, примирје односило на дане, а не на ноћи. М. Т. Цицерон, *Филозофски списи, О дужностима,* (прев. В. Томовић), Матица српска, Нови Сад 1987, 117.

[14] О свему овоме код Manfred Fuhrmann, „Philologische Bemerkungen zur Sentenz *Summum ius summa iniuria*", *Studi in onore di Eduardo Volterra, II,* Milano 1971, 53 81.

[15] A. Bürge, *Die Juristenkomik in Ciceros Rede Pro Murena*, Zürich 1974.

ну ситуацију, у којој се, истини за вољу налази готово сваки романиста, и приказао је као процеп између Сциле да понови већ речено и Харибде да каже под сваку цену нешто ново. По свему судећи, аутор је нашао начин да избегне и једно и друго. Најпре, Нотари се ограничава на мањи опсег говора у односу на Биргеа, али иде много више у ширину при избору тема којима се бави, при чему користи многобројне правне и литерарне изворе укључујући и велики део тзв. *Corpus Ciceronianum*. Интердисциплинарни приступ је свакако квалитет који краси ову књигу и указује на ерудицију аутора. Али има и нека ограничења. Свака од тема је обрађена озбиљно и компетентно уз велики број извора и стручне литературе,[16] али без претензије да се то учини уз коришћење све расположиве литературе, што наглашава и сам аутор. У оваквој концепцији књиге и имајући у виду квантитет романистичке и друге сродне литературе то не би било нити могуће. Свакако је најуспелији и најоригиналнији део књиге онај у којем аутор, схватајући право и религију као нераздвојну, органску целину, истражује и проналази паралеле између старих правних форми и религијских ритуала, идући у томе један корак даље од постојеће литературе. Као квалитет књиге треба истаћи и чињеницу да је писана интересантно и разумљиво. Томе доприносе многобројни, нарочито литерарни извори које је аутор, као добар познавалац латинског и латинске књижевности, искористио на најбољи начин. Читање олакшава и то што аутор за додатна објашњења не користи фусноте, него то чини у главном тексту у загради, што је добар и модеран начин, али ретко примењиван у романистици.

[16] Треба напоменути да се аутор већином тема већ раније биавио и објавио чланке у домаћим стручним и научним часописима: „Verba Carminis On a Cardinal Point of Archaic Roman Law“, *Acta Juridica Hungarica 49, 2008/2,* 203 220*;* „Remarks on Roman Marriage and Divorce“, *Annales Universitatis Scientiarum Budapestinensis de Rolando Eötvös nominatae, Sectio Iuridica* 48, 2008, 319 340; „De summo iure summaque iniuria apud Ciceronem“, *Vox Latina* 43, 2007, 346 350; „The Spear as the Sympol of Property and Power in Ancient Rome“, *Acta Juridica Hungarica 48. 2007/3,* 231 257*;* „Comments on the Origin of the legis actio sacramento in rem“, Acta Juridica Hunarica 47, 2006/2, 133 155; „The Function of the Flamen Dialis in the Marriage Ceremony“, *Annales Universitatis Scientiarum Budapestinensis de Rolando Eötvös nominatae, Sectio Iuridica* 45, 2004, 157 165; „Summum Ius Summa Iniuria Comments on the Historical Background of a Legal Maxim of Interpretation“, *Acta Juridica Hungarica 44,* 2004/1 2, 301 321.

Др Владан Петров[*]

Vladan Kutlešić, *Les constitutions postcommunistes européennes*, *Étude de droit comparé de neuf états*,
Bruylant, 2009, p. 202.

Књига Владана Кутлешића *Устави бивших социјалистичких држава Европе – упоредноправна студија* угледала је светлост дана 2004. године, у издању ЈП „Службени лист СЦГ“ и Факултета политичких наука. Пет година касније, она је преведена на француски језик. Књигу је објавио угледни белгијски издавач *Bruylant*. Лепо признање нашој правној науци и леп повод да се о овој упоредној уставној студији каже неколико речи.

Упоредне уставноправне студије јављају се у већем броју у другој половини XX века. Раније их је било мало; биле су ограниченог обима (анализа енглеског, америчког, француског устава); одликовао их је политиколошки, више него уставноправни приступ. Класичан пример је упоредна студија Џемса Брајса *Модерне демократије*, која је обухватала шест великих демократија прве половине прошлог века. У другој половини XX века, „талас“ нове уставности и нагло повећање броја формалних устава у свету појачали су интересовање за упоредна истраживања. Долази до одвајања уставноправних од политиколошких истраживања. У том смислу, пионирским подухватом сматра се студија Кенета Вера *Модерни устави* (1951), која је извршила снажан утицај на Миодрага Јовичића, српског „корифеја уставне компаратистике“ (В. Кутлешић). Јовичићева дела *О уставу* (1977) и *Велики уставни системи* (1984) још увек су највећи домети упоредног уставног права у српској правној науци (Милован Миловановић, Слободан Јовановић, Лазо Костић, Јован Ђорђевић, Јован Стефановић бавили су се, у мањој или већој мери, упоредним истраживањима, али је код ових писаца упоредни метод био „допунски“). Иако веома поштован због посвећености упоредноправним истраживањима, Миодраг Јовичић је остао прилично усамљен у настојањима да оформи упоредно уставно право као релативно само-

[*] Аутор је доцент Правног факултета Универзитета у Београду.

сталну дисциплину. По свему судећи, Владан Кутлешић је одлучио да настави Јовичићеву „мисију“.

Наслов књиге на француском је нешто измењен у односу на српско издање и гласи *Les constitutions postcommunistes européennes – etude de droit comparé de neuf etats* (*Европски посткомунистички устави – студија упоредног права девет држава*). У њој се, према речима аутора, заокружује „вишегодишње проучавање устава посткомунистичких држава Европе, које је првобитно било ограничено на посматрање само одређених питања (на пример, суспензивног вета председника Републике)“. И стварно, аутор је на релативно свеобухватан и систематичан начин изложио елементе позитивног уставног права (ограниченог на важеће уставне текстове) девет посткомунистичких држава. На то указује и структура рада коју чине следећа поглавља: I. Садржај, обим и архитектоника текста; II. Преамбуле; III. Основне одредбе; IV. Слободе, права и дужности; V. Уставни органи (парламент, председник Републике, влада, уставни суд, судови и јавно тужилаштво, остали уставни органи); VI. Локална самоуправа; VII. Промена устава; VIII. Закључци.

У садржинском погледу, готово да нема разлике између српског и француског издања. Ипак, издање књиге на француском језику је прегледније. У оквиру појединих поглавља унети су поднаслови који јасно указују на које питање, односно на који институт се односе. То читаоцу олакшава сналажење и омогућава му да брже дође до питања која га непосредно интересују. Оваквом интервенцијом, рад је добио на квалитету.

Зашто се аутор одлучио за девет држава (Бугарска, Хрватска, Мађарска, Пољска, Чешка, Румунија, Русија, Словачка и Словенија) и зашто није анализирао Устав сопствене државе? Најпре, треба истаћи оцену професора Слободана Милачића, писца предговора, који сматра да Кутлешићев избор „није само широк, с обзиром на државе које је покрио, већ је и богат, имајући у виду различитост случајева које сједињује“ (*Préface*, x). Кутлешић даје релативно једноставан одговор. Реч је о државама које су се „стабилизовале у области уставног права, што омогућава извођење трајних закључака о њиховим уставним решењима“ (*Avant-propos*, xviii). Што се тиче Устава Републике Србије, у време писања ове студије на снази је био Устав од 1990. године и очекивало се доношење новог. Устав Србије од 2006. године могао је бити укључен у издање књиге на француском језику. Можда је пропуштена лепа прилика да се направи релативно објективна уставноправна анализа оба посткомунистичка устава Србије и изврши њихово поређење. Можда је то требало да буде посебни део студије, који би дошао на крају и не би озбиљније угрозио основно мерило ауторовог избора. А можда је за европске

читаоце још увек рано да сазнају, поготово да прихвате, неке истине у вези с уставношћу Србије на прелому векова, као што је, примера ради, она да је Устав Србије од 1990. године први посткомунистички устав који се вратио тековинама либерално-демократске уставности, односно да Србија 2006. године није била последња посткомунистичка држава која је донела „демократски" устав.

Ипак, студија професора Кутлешића биће занимљиво штиво за читаоце из Западне Европе, јер је једна од првих (то потврђује и Слободан Милачић) упоредних уставних студија посткомунистичких држава из пера аутора са простора тих држава. То омогућава „поглед изнутра" на уставно право тих држава с бољим разумевањем ширег друштвеног, историјског и културолошког оквира.

Истина, сâм аутор ограничио се на упоредни метод или, како истиче Милачић, на „формална поређења" (*les comparaisons formelles*). Присталице „стварног" („живог") устава, као и они који мисле да није могуће повући линију између норме и стварности, права и политике, приговориће да ова књига не говори ништа о реалном животу уставних институција у анализираним државама, као ни о другим правилима која су уставног карактера, а не налазе се у формалним уставима. Ипак, ко жели да сазна нешто више о стварном функционисању уставних институција у тим државама, мора потражити другу књигу. Ова књига није „сваштара", већ добра, информативна упоредна студија формалних устава девет држава. Она је писана руком уставног правника и теоретичара права од посебног дара за правничко резоновање, истраживача који не лута и, чини се, увек зна шта хоће.

Наведени квалитети видљиви су и у француском преводу. Стога треба упутити похвалу преводиоцу, господину Паскалу Донжону. Да издање на француском језику буде репрезентативно потрудио се и Слободан Милачић, професор емеритус Универзитета Монтескје Бордо IV, који је написао предговор.

Објављивање књиге професора Кутлешића на француском језику требало би да буде подстицај за нова истраживања упоредног уставног права у Србији. Ова студија је добар пример како се стиче међународно признање у науци. Посебно данас, када многи мисле да је за међународно признање довољно путовати по свету, учествовати на „престижним" међународним конференцијама са истим рефератима (промењеног наслова) или без њих. А нових вредних књига из области уставног права је мало. И сам писац овог приказа осећа извесну нелагодност када упућује радозналог студента који тражи новију књигу домаћег писца на радове старе двадесет и више година. Стога с великом пажњом ишчекујемо нове студије професора Кутлешића, али и других врсних познавалаца уставног права.

Др Дејан Б. Ђурђевић[*]

Dieter Leipold, *Erbrecht Ein Lehrbuch mit Fällen und Kontrollfragen*, 18. neubearbeitete Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen 2010, стр. XII + 378.

Значај наследног права у Немачкој постаје све већи због тога што је вишедеценијски период мира, који је владао након Другог светског рата, омогућио континуирани развој и повећање богатства које поседују појединци.[1] Та чињеница је појачала инетересовање правних писаца за наследноправну проблематику и довела до „ренесансе наследног права“.[2] Значајан допринос ренесанси наследног права дао је и Дитер Лајполд, како бројним чланцима и расправама, тако и својим уџбеником који у континуитету излази од 1974. године пратећи све промене у законодавству, судској пракси и правној науци. Овај уџбеник, и поред тога што поседује несумњиве дидактичке квалитете, значајно је доприносио развоју науке и промовисању нових схватања, нарочито оних која се тичу значаја устава за наследно право и успостављања равнотеже између слободе тестирања и породичноправног наслеђивања. Почетком 2010. године из штампе је изашло ново издање ове Лајполдове књиге, у којој је посебан нагласак стављен на последњу реформу немачког наследног права из 2009. године.

Дитер Лајполд, професор емеритус грађанског и грађанског процесног права на Универзитету у Фрајбургу, спада међу утицајне немачке цивилисте и процесуалисте. Права је студирао у Минхену, где су му професори били Карл Ларенц (*Karl Larenz*) и Рудолф Поле (*Rudolf Pohle*).[3] По завршетку студија постао је асистент на Уни-

[*] Аутор је доцент Правног факултета Универзитета у Београду.

[1] C. T. Ebenroth, *Erbrecht*, München 1992, 1.

[2] I. Kroppenberg, *Privatautonomie von Todes wegen*, Tübingen 2008, 13.

[3] О правничкој каријери Дитера Лајполда, вид. ближе: *50 Jahre Zivilprozessrecht ein persönlicher Rückblick*, Vortrag anlässlich der Ernennung zum Ehrendoktor durch die Juristische Fakultät der Demokritos Universität Thrazien, *www.jura.uni freiburg.de/leipold.*

верзитету у Минхену, где је и одбранио докторску дисертацију из грађанског процесног права.[4] Тежиште Лајполдовог научног интересовања представљају грађанско процесно право и наследно право. Од бројних радова које је писао, поред овог уџбеника, издвајају се и уџбеник из увода у грађанско право,[5] као и делови које је писао у оквиру Минхенског коментара Немачког грађанског законика,[6] као и Штајн–Јонасовог коментара немачког Законика о грађанском судском поступку.[7] Дуги низ година Дитер Лајполд уређује *Zeitschrift für Zivilprozeß* (*ZZP*). За допринос који је дао правној науци додељени су му почасни докторати на Државном универзитету у Осаки (Јапан) и на Универзитету Демокритос у Тракији (Грчка).

И у најновијем издању свог уџбеника Дитер Лајполд остаје веран систематици које се држао у претходним издањима. Материја је изложена у четири дела, који су подељени на параграфе (има их укупно 25), а ови на уже деобне јединице. На крају књиге дат је попис основне немачке литературе из наследног права (уџбеници, коментари, зборници судске праксе и практикуми), регистар цитираних прописа и абецедни регистар.

Први део је уводни. Чине га три параграфа. Док у § 1 аутор излаже предмет, изворе и подручје важења наследног права, у § 2 објашњени су, у најосновнијим цртама, централни појмови наследног права: оставилац (*Erblasser*), отварање наследства (*Erbfall*), наследник (*Erbe*), способност за наслеђивање (*Erbfähigkeit*), заоставштина (*Erbschaft*), законско наслеђивање (*gesetzliche Erbfolge*), располагања за случај смрти (*Verfügungen von Todes wegen*), вољно наслеђивање (*gewillkürte Erbfolge*), нужни део (*Pflichtteil*), универзална сукцесија (*Gesamtrechtsnachfolge*), наследничка заједница (*Erbengemeinschaft*), наследни део (*Erbteil*), постављање наследника (*Erbenstellung*) и легат (*Vermächtnis*). Следећи, § 3 носи наслов „Наследно право и друштвени систем.“ У овом параграфу аутор пише о правнополитичким циљевима наследног права, слободи тестирања као сегменту аутономије воље, односу наслеђивања и својинског поретка, уставноправној гарантији права на наслеђивање, порезу на наслеђе, као и о реформама немачког наследног права.

---

[4] D. Leipold, *Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen, insbesondere bei Verweisungen zwischen verschiedenen Rechtsgebieten*, Duncker & Humblot, Berlin 1966.

[5] D. Leipold, *BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil*, 2. neubearbeitete Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen 2002.

[6] K. Rebmann, F. J. Säcker, R. Rixecker (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 9: *Erbrecht*, 5. Auflage, C. H. Beck, München 2010.

[7] F. Stein, M. Jonas (Hrsg.), *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 3, 22. Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen 2005.

Други део посвећен је законском наслеђивању. Подељен је у пет ужих целина (§§ 4 до 8). У § 4 изложени су основни принципи породичноправног наслеђивања и парентеларног система, наслеђивање по линијама, право представљања и наследноправни положај оставиочевих потомака као припадника првог наследног реда. Следећи, § 5 бави се наследноправним положајем сродника из осталих наследних редова и наследноправним последицама вишеструке сродничке повезаности са оставиоцем, док је у § 6 обрађен наследноправни положај супружника. У § 7 Лајполд обрађује материјалноправне и колизионоправне аспекте законског наслеђивања партнера из регистроване заједнице живота. Наиме, у Немачкој је 1. августа 2001. године ступио на снагу Закон о заједницама живота (*Lebenspartnerschaftsgesetz*), који је пружио могућност лицима истог пола да заснују тзв. регистровану заједницу живота (*eingetragene Lebenspartnerschaft*), тако што ће пред надлежним органом дати сагласне изјаве о томе да желе да воде трајни заједнички живот. Део посвећен законском наслеђивању завршава се § 8 у коме је објашњен положај државе као законског наследника.

Трећи део се бави располагањима за случај смрти, тј. наслеђивањем до којег долази на основу оставиочеве воље изражене у тестаменту, уговору о наслеђивању или заједничком тестаменту. Чини га девет параграфа (§§ 9 до 17). Први од њих, § 9 посвећен је слободи тестирања и њеним границама, док се у § 10 обрађују тестаментарна способност, затим способност за склапање уговора о наслеђивању и питања везана за строго лични карактер располагања за случај смрти. У § 11 Лајполд излаже о формама тестамента и о начину на који завешталац може да опозове свој тестамент, да би у наредном § 12 обрадио садржину и тумачење тестамента. Следећи, § 13 садржи излагања о ништавости и рушљивости тестамента, као и о тестаментима сачињеним под условом. У § 14 Лајполд обрађује заједнички тестамент (*gemeinschaftliche Testament*), док се у § 16 бави уговором о наслеђивању (*Erbvertrag*). Последња два параграфа у овој глави посвећена су осталим правним пословима који се појављују у наследном праву. Реч је о уговору о одрицању од будућег наследства (*Erbverzicht*), поклону за случај смрти (*Schenkungen von Todes wegen*) и уговорима у корист трећег са дејством за случај смрти.

Последња глава носи наслов „Правне последице након отварања наследства", а подељена је у осам параграфа (§§ 18 до 25). У § 18 излаже се проблематика преласка заоставштине на наследнике (прихватање и одрицање од наследства, недостојност за наслеђивање, наследноправни захтев и наследничко уверење – *Erbschein*). Затим је § 19 посвећен питањима која се јављају приликом постављања супститута (*Ersatzerbe*), као и претходног и потоњег наследника (*Vor*

– *und Nacherbe*). О одговорности наследника за оставиочеве дугове говори се у § 20, док су за § 21 намењена излагања о наследничкој заједници, деоби наследства и урачунавању поклона и легата у наследни део. Целинама о легату и налогу посвећен је § 22, а о извршиоцу тестамента говори се у § 23. У претпоследњем параграфу Лајполд обрађује нужни део, да би књигу завршио одељком о куповини наследства.

На крају сваког параграфа налази се одељак у коме су дата контролна питања и случајеви, а затим и одговори на та питања и решења случајева. Овакавим приступом Лајполд спроводи свој став, изражен у предговору књиге, по коме су студирање права и успех на испиту: „добрим делом питање правилне технике учења.“ Разлози због којих даје контролна питања и случајеве дидактичке су природе, јер ови делови уџбеника треба да олакшају студентима разумевање и усвајање изложеног градива.

Имајући у виду да су се последње измене немачког наследног права односиле на нужне наследнике, највећу пажњу читаоца свакако ће привући они делови у којима се обрађује проблематика нужног дела. Аутор системски излаже нужни део у § 24 (стр. 327 – 353). Међутим, пре тога он у уводним партијама говори о уставном јемству нужног дела, као и о последњој реформи немачког наследног права.

Излагање о уставној гарантији нужног дела почиње констатацијом да овај институт служи ублажавању конфликта у који слобода тестирања и породичноправно наслеђивање, као два основна начела наследног права, могу да дођу када оставилац располагањем за случај смрти запостави своје најближе сроднике. Нужни део обезбеђује најближим члановима оставиочеве породице неотуђиво право на минимално учешће у подели његове имовине, и то у форми новчаног захтева, чија вредност одговара половини вредности њиховог законског наследног дела. Аутор истиче да данас није спорна уставност ограничавања слободе тестирања установом нужног дела, али да не постоји јединствено схватање у погледу тога да ли је нужни део зајемчен уставом и да ли су законодавцу постављене границе уколико би се одлучио на евентуалну измену одредаба о нужном делу. У наставку излагања, Лајполд анализира ставове које је о овом питању заузео немачки Савезни уставни суд у једној одлуци из 2005. године.[8]

Наиме, немачки Савезни уставни суд стао је на становиште да је уставом загарантовано право оставиочеве деце на нужни део, чак и онда када не постоји егзистенцијална потреба да им се исплати

[8] Вид. BVerfG 1 BvR 1644/00, 19. IV 2005. *Neue Juristische Wochenschrift* 22/2005, 1561 и даље.

одређена вредност из заоставштине, при чему оставилац, по правилу, не може то право да искључи. У образложењу те одлуке Савезни уставни суд указује на историјски развој нужног дела, као и на чињеницу да од римског права па на даље нужни део представља саставни део наследног права, како у Немачкој тако и у другим европским државама и да је стога као: „традиционални елемент језгра немачког наследног права обухваћен појмом права на наслеђивање у смислу чл. 14 Основног закона (*Grundgesetz*).“[9] Осим осртања на правну традицију, да би образложио своје становише немачки Савезни уставни суд се ослања и на системску повезаност чл. 14 и чл. 6, ст. 1 Основног закона.[10] Право деце на нужни део Савезни уставни суд схвата као израз „породичне солидарности“, која, у начелу безусловно, постоји у односу између оставиоца и његове деце. У даљем излагању стоји да Савезни уставни суд оставља законодавцу широк простор за обликовање нужног дела, јер је он слободан да одлучи каква ће бити природа права на нужни део (да ли ће нужни наследник добијати аликвотни удео и бити члан наследничке заједнице или ће му, како је то предвиђено у важећем немачком праву, бити признато право на новчани захтев). У погледу висине нужног дела, Савезни уставни суд сматра да она уставом није унапред прописана, али да нужном наследнику мора бити загарантован „прикладан“ нужни део.

Након тога, Лајполд се осврће на уставноправне аспекте разбаштињења. Само када постоје посебне, уско прописане претпоставке, оставилац може нужног наследника искључити из права на нужни део. Према схватању Савезног уставног суда овакво уређење разлога за искључење одговара уставноправним захтевима. Савезни уставни суд држи да није забрањено да се предвиди могућност искључења из права на нужни део у случају трајног отуђења деце од оставиоца. Међутим, он такође сматра да разлози правичности и правне сигурности говоре против опште клаузуле поремећености, односно отуђености. Према Лајполдовом схватању, Савезни уставни суд исправно закључује да не треба свако погрешно понашање детета, које би водило отуђењу од родитеља или раздору у породици, да има за последицу давање предности слободи тестирања у односу на нужни део, јер би тада установа нужног дела изгубила свој практичан значај.

[9] Чл. 14, ст. 1 Основног закона гласи: „Das Eigentum und das Erbrecht wer den gewährleistet. Inhalt und Schranken werden durch die Gesetze bestimmt.“ „Јамче се својина и право на наслеђивање. Њихова садржина и ограничења утврђују се законом.“

[10] Чл. 6, ст. 1 Основног закона гласи: „Ehe und Familie stehen unter beson deren Schutze der staatlichen Ordnung.“ „Брак и породица уживају посебну заштиту државе“.

На крају овог дела Лајполд констатује да је подносилац уставне жалбе, о којој је Савезни уставни суд одлучивао у поменутој одлуци, само у једној тачки имао успеха. Наиме, приликом примене § 2333, тач. 1 Немачког грађанског законика,[11] редовни судови су сматрали да тежак насилни напад психички оболелог сина на своју мајку не представља разлог за искључење из права на нужни део, јер се такав син у кривичноправном смислу сматра деликтно неспособним. Насупрот томе, Савезни уставни суд је држао да према формулацији и циљу разлога за искључење није неопходно да постоје услови за кривичноправну одговорност. Напротив, довољан је само тзв. „природни умишљај (*natürlicher Vorsatz*)" у смислу да је син у сваком случају био у стању да увиди да је његово понашање погрешно.

Једну целину своје књиге Лајполд је наменио реформи наследног права у Немачкој. Она почиње констатацијом да од ступања на снагу Немачког грађанског законика никада није дошло до опште реформе наследног права, али да су вршене важне промене у појединим областима. Лајполд разматра измене у наследноправном положају супружника до којих је дошло 1958. године када је уведен брачни имовински режим „заједнице приноса (*Zugewinngemeinschaft*)", потом измене из 1969. и 1997. године које су довеле до потпуног наследноправног изједначавања брачне и ванбрачне деце, затим на Закон о заједницама живота из 2001. године којим је партнеру из регистроване истополне заједнице признато право на законско наслеђивање и нужни део, као и на промене из 2002. године које су омогућиле да тестамент састављају и лица која нису у стању да читају и пишу.

Највећу пажњу у овом делу књиге аутор поклања последњој реформи наследног права која је извршена Законом о промени наследног права и права застарелости (*Gesetz zur Änderung des Erb – und Verjährungsrechts*), од 24. септембра 2009. године. Закон је ступио на снагу 1. јануара 2010. Лајполд истиче да последња реформа није донела темељне промене, али је тежила, уз већ поменуту одлуку немачког Савезног уставног суда из 2005. године, да у различитим погледима модернизује и даље развија наследно право. Законом су реформисани разлози за искључење из права на нужни део, изнова је регулисан захтев нужног наследника за допуну нужног дела који истиче према оставиочевим поклонопримцима (*Pflichtteilsergänzungsanspruch bei Schenkungen*) и проширена је могућност одлагања испуњења наследноправног захтева.[12] Такође су реформисана правила о застарелости

[11] § 2333, тач. 1 гласи: „Der Erblasser kann einem Abkömmling den Pflichtteil entziehen, wenn der Abkömmling dem Erblasser, dem Ehegatten des Erblassers oder einem anderen Abkömmling des Erblasser nach dem Leben trachtet" „Оставилац може искључити потомка из права на нужни део, када потомак ради о глави оставиоцу, оставиочевом супружнику или другом оставиочевом потомку".

[12] Реформом из 2009. године промењен је ст. 1. § 2331а, који носи маргинални наслов „Stundung (одлагање)", тако да сада та одредба гласи: „Der Erbe kann Stundung

наследноправног захтева. Аутор указује на то да су у дискусији која је претходила последњој реформи наследног права изнети још неки предлози, на пример да се уведе институт смањења нужног дела или да се величина квоте нужног наследника учини зависном од вредности заоставштине. Све ове промене олакшале би оставиоцу – предузетнику да добра која користи за обављање предузетничке делатности остави у наслеђе ономе (потомку или трећем лицу) за кога држи да је најподеснији да продужи ту делатност. Међутим, Лајполд је морао да констатује да „на жалост" законодавац ове предлоге није прихватио.

Чињеница да се на овој књизи предано ради скоро четири деценије сама за себе може бити довољна да се препоручи читаоцима који би желели да упознају немачко наследно право. Своју дуговечност на простору где се издавао и издаје велики број књига из наследног права, овај уџбеник дугује квалитетима које неспорно поседује. Дитер Лајполд је велики познавалац наследног права, о чему сведоче не само његова каријера, већ и радови и судске одлуке на које упућује у фуснотама. Међутим, он има и истанчан осећај за меру и драгоцену способност да компликована наследноправна питања приближи почетницима. Иза сваког параграфа Лајполд даје контролна питања с одговорима и случајеве с решењима. То нимало не умањује вредност коју ова књига има за научнике, али зато доста помаже читаоцима који се први пут срећу са немачким наследним правом. Из издања у издање аутор педантно актуелизује свој уџбеник, тако да се на њему оцртавају сви преображаји немачког наследног права у последњих четрдесет година. Оно што је остало непромењено јесте дидактичка вредност ове књиге. Циљ који је Дитер Лајполд себи одавно поставио, да материју изложи на начин који се лако памти, успешно је остварио и у осамнаестом издању свог уџбеника.

---

des Pflichtteils verlangen, wenn die sofortige Erfüllung des gesamten Anspruchs für den Erben wegen der Art der Nachlassgegenstände eine unbillige Härte wäre, insbesondere wenn sie ihn zur Aufgabe des Familienheims oder zur Veräußerung eines Wirtschaftsguts zwingen würde, das für den Erben und seine Familie die wirtschaftliche Lebensgrundlage bildet. Die Interessen des Pflichtteilsberechtigten sind angemessen zu berücksichtigen."

„Наследник може захтевати да се одложи исплата нужног дела ако би, с обзи ром на природу предмета из заоставштине, тренутно испуњење целокупног захтева било неоправдано строго према наследнику, а посебно ако би га исплата нужног дела принудила да напусти породично домаћинство или да отуђи привредна добра која за наследника и његову породицу представљају средства за обезбеђење животне егзистенције. Интереси нужног наследника морају бити примерено узети у обзир."

Др Сретен Југовић*

Милан Петровић, *Наука о управљању као претпоставка управне политике*,
Центар за публикације Правног факултета у Нишу, Ниш 2006, стр. 400.

Уобичајено је да се књиге приказују непосредно по објављивању. Међутим, стручна јавност обогаћена је, а да је то остало чини се неопажено, још 2006. године новим квантумом знања из управне науке (науке о управљању), садржаних у изузетном делу др Милана Петровића, редовног професора Правног факултета Универзитета у Нишу. Као резултат озбиљног вишедеценијског научног истраживања у области науке о управљању, али и управног права – што је тешкоћа по себи – овај писац подарио нам је свој систем науке о управљању. Вредност ове књиге утолико је већа што су системска дела из ове дисциплине у нас ретка, тако да готово и не постоје (изузетак је *Наука о управљању* Д. Каврана)[1]. У прилог овој тврдњи стоји и чињеница да је још увек на многим нашим факултетима у употреби студија хрватског аутора (Е. Пусића), чија *Наука о управи* увелико доживљава свој двоцифрени број издања.

Из мноштва питања науке о управи, професор М. Петровић је избором тема и њиховим систематизовањем у складну целину, креирао један фини систем науке о управљању, који ће имати своју вредност дуже време, и када Србија изађе из транзиционог периода. Богата садржина представљена је прецизним, лепим и негованим научничким језиком, лишеним празних политикантских квалификација. Штавише, чини се да је аутору пошло за руком да ову материју приближи свим читаоцима, па и онима који се неоправдано називају „обичним" и не припадају стручној јавности. Иако изврсно научно дело, књига се може читати са истим уживањем као књиге из лепе књижевности.

---

* Аутор је доцент Криминалистичко полицијске академије у Београду.

[1] Д. Кавран, *Наука о управљању, организација, кадрови и руковођење*, Научна књига, Београд 1991.

Писац, најпре (одељак I, стр. 3 – 21), синтетички одређује науку о управљању као техничку науку, објашњавајући појам технике уопште, суптилно аналитички одвајајући науку о управљању од других теоријских и догматских наука, пре свега кроз однос науке о управљању с једне, и науке о држави, управне (јавне) политике, правне технике, технологије власти и јуриспруденције управнога права, с друге стране. Наука о управљању је, како то аутор истиче, „медицина јавне управе" и она проучава унутрашњу страну јавне управе. Али, она је и претпоставка управне политике, што је главна нит која се протеже кроз целу књигу. Читаоцу је већ на самом почетку уочљиво мноштво коришћених релевантних књига водећих аутора из ове научне области, пре свега из англосаксонске књижевности, немачке, француске, али и руске и совјетске стручне литературе. Велики број извора не значи и да је текст компилаторски, већ напротив, често и водећим ауторитетима М. Петровић, као брилијантан познавалац ове области, супротставља своја искричава и аргументована гледишта, и тиме даје огроман научни допринос.

У другом одељку (стр. 23–56) говори о историјату и стању науке о управљању, њеним успонима и падовима, почев од доба камералистике и науке о полицији, обнови ове науке од стране Макса Вебера учењем о бирократији, посебно о обнови науке о управљању у САД кроз комуналну науку, научни менаџмент, нову јавну управу и „нову нову јавну управу". Значајан је историјски осврт на науку о управљању у Русији и Совјетском Савезу и, разуме се у Србији и некадашњој Југославији. У погледу извора науке о управљању аутор даје предност изворној грађи, документима – примарним изворима (прописи о управи, правни акти управе и др.), али истовремено не занемарује ни секундарне изворе, њихову критику и истраживања комуникација.

Предмет и метод науке о управљању, за разлику од досадашњег одређивања, превасходно се ограничавају на „унутрашњи живот институција и организација јавне управе, посебно правилности које њиме владају", што свакако доприноси разјашњењу суштине односа управе и права. Предмет ове дисциплине чине државне мере и радње које представљају државно управљање као и недржавно, у ствари јавно управљање или, прецизније, системи и функције тих система међу којима најистакнутије место заузима држава. Садржина предмета обухвата и тенденције развоја управе. Методи науке о управљању су главни – функционална и каузална анализа (опстанак управних система зависи од интегративности односно функционалности њихових елемената) као и дескриптивни метод, и споредни – упоредни метод и математичко-статистички поступци.

Писац с правом истиче неупотребљивост појма тенденција у науци о управљању по Пусићу, јер се прешироко одређује (одељак IV). Тенденције су правци „само оних процеса на којима непосредно почивају историјски догађаји и историјске личности". Петровић издваја тенденције увећања управних институција и организација и њихове диференцијације; тенденцију ширења улоге јавних служби и дифузије државне власти; тенденцију ка бирократизацији и технократизацији управе; тенденцију ка интернационализацији управе.

Управна организација је уједно „основна ћелија и тоталитет јавне управе" и један од основних појмова јавне управе (одељак V). Она одлуке доноси путем прераде информација. При том ваља разликовати организацију – структуру и организацију – процес. Организација руковођења, пак, почива на хијерархијском начелу које се продужава до монократског принципа, чији је пандан колегијални принцип. Аутор даље исцрпно наводи типологију организација – структура и рашчлањује управна надлештва. Комуникацији и информацији писац, попут Бернарда и Темија, даје средишње место у управној организацији.

Надаље (одељак VI), писац критикује мешање и поистовећивање појмова „руковођење" и „ вођство" присутно у нашој литератури (код П. Димитријевића и Е. Пусића) и инсистира на разликовању које постоји у водећим светским језицима (на пример, на немачком *Leitung* и *Führung*, на енглеском *authority* и *leadership*), а уместо речи менаџмент и менаџер нуди употребу српских речи пословодство и пословођа, због тога што реч менаџер у нас има и негативно значење, будући да означава комбинатора који зна да из сваке ситуације извуче за себе материјалну корист. Најважнији задатак вођства је мотивација персонала. Интересантне су снаге и процеси централизације и децентрализације и концентрације и деконцентрације и аутономије, као и конурбације (конурбанизације) услед ширења градских подручја, што намеће и питање просторног планирања које аутор такође дотиче.

Системима управних радњи којима се остварују управни задаци јавне управе професор М. Петровић је, исправно, посветио највише простора (одељак VII). Ту се најпре анализирају мисија, циљеви, функције и „политичко поље" управног задатка, уз разврставање управних задатака. Најзначајнија последица критике управних задатака је њихова приватизација, тј. преношење на субјекте приватног права. С обзиром на то да у Источној Европи приватизација значи излажење из комунизма и социјализма, дакле промену политичког система, она је и један од кључних политичких приоритета, што није случај у западноевропским земљама. При том, истинско подручје приватизације је чинидбена управа (с тим у вези расправе се воде

око јавног саобраћаја, производње и дистрибуције енергије, ПТТ, здравствене заштите, образовања), док је захватајућа управа (која обухвата изворне државне атрибуције, полицију, војску, финансије), напротив, неподобна за приватизацију. Писац даље подробно одређује врсте и облике приватизације и, значајније, износи њене предности и недостатке, посебно критикујући стварање приватних монопола. Неизбежно је и питање „менаџмента тоталног квалитета", у чијем је средишту муштерија, које је, у ствари пренесено из пословања великих компанија у САД у управе појединих савезних држава и градске управе те земље (на пример Њујорк). Менаџмент тоталног квалитета „нарочито заживљује у полицији, одржавању паркова, рекреацији, буџетирању и персоналној политици".

Писац одлуку одређује „као свестан вољни процес избора између најмање две алтернативе понашања".[2] Управна одлука по аутору представља „правно обавезно отпочињање или спровођење управних операција, посебно мера". Она је, дакле, претходни услов за управне радње и има формални и материјални израз. За науку о управљању битан је како поступак, тако и технике одлучивања, а битне су и одлуке којима се решавају конфликти у управи, који су „практично неминовни". Одлучивању и одлуци претходи планирање чији је израз план, који утврђује премисе одлучивања за будуће одлуке и који се операционализује управним одлукама. Овде се по свом значају издваја планирање управних кадрова (управног персонала по аутору).

Разуме се, јавна управа своју мисију не може да остварује без средстава, како непокретности, тако и техничких помагала (печат, жиг, штамбиљ, обрасци, компјутери) и материјалних средстава (новца као најзначајнијег средства после човека). Зато је правни акт којим се утврђује план државних прихода и расхода, буџет, као што каже Б. Бекер „књига судбине нације". Технологију планирања и усвајања буџета и принципе буџетског менаџмента, као и буџетска начела, писац такође подробно обрађује у склопу овог одељка (VIII).

Уз претходни осврт на моралну одговорност јавних службеника и њихов однос према групама за притисак и политичким странкама, писац претежно синтетички износи велике савремене службеничке системе у Европи (одељак IX) и то пруско-немачки систем, чиновнички систем Немачке, Француске, Велике Британије, Русије и некадашњег Совјетског Савеза.

Најзад, поред самоконтроле управе и контроле економичности управе (истраживања користи и трошкова), у последњем, X

[2] Овде се погрешно употребљава реч алтернатива, правилније је између најмање две могућности, опције и сл., јер реч алтернатива треба употребљавати само кад су посреди две могућности. И. Клајн, *Речник језичких недоумица*, Београд 2000, 12.

одељку који анализира спољашњу контролу управе, писац синтетички обрађује парламентарну контролу управе, нарочито од сталних или *ad hoc* одбора, затим контролу управе путем рачунских судова, посебно испитивањем извршавања буџета, као и контролу управе путем омбудсмана.

Креирање било ког теоријског система, особито науке о управљању (а предметна књига професора М. Петровића то показује), условљено је различитим знањима, како правним, тако и оним која увелико надилазе јуриспруденцију управног права. Поред тога што мора бити полиглота, писац треба да познаје и различите правне традиције и да има готово ерудитске особине за овакве подухвате. Својим капиталним делом *Наука о управљању* професор М. Петровић је неоспорно показао да је на висини тог захтевног и изузетно одговорног задатка којег се латио. За разлику од неких књига чија садржина нипошто не одговора наслову *Наука о управљању*, посебно што се наука о управљању и управно право до те мере недопустиво преплићу да се готово и стапају (вид. на пример, С. Лилић, М. Марковић, П. Димитријевић, *Наука о управљању*, Савремена администрација, Београд 2001), *Наука о управљању* професора др Милана Петровића светао је пример уздизања српске управне науке. Све високошколске установе које у својим студијским програмима имају и науку о управи, али и бројне управне институције (и организације), требало би да набаве ову књигу, како би се шира читалачка публика упознала са њеном актуелном садржином.

СТУДЕНТСКИ РАДОВИ

Санда Ћорац, мастер права

студент докторских студија Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

ПРАВА ДЕТЕТА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ И СПЕЦИФИЧНОСТИ ПОСТУПКА ЊИХОВЕ ЗАШТИТЕ

Полазећи од међународних стандарда важећи Породични закон Републике Србије признаје најважнија права детета, којима се правно гарантују његова лична добра, али и која изражавају слободу личности и њено самоодређење.

У овом раду се говори о концепту права детета, који је и нормативно уобличен и оптеприхваћен, али ће детаљније бити изложен специфичан поступак у којем се наведена права штите. Ради се, наиме, о поступку у спору за заштиту права детета који Породични закон регулише у десетом делу, где су позиционирани и регулисани посебни парнични поступци у вези с породичним односима. У гарантовању вишег нивоа заштите, законадавац је, као допуну, предвидео и могућност вођења овог поступка, чија ће се правила применити када заштита права детета није на други начин обезбеђена.

Кључне речи: *Породични закон. Права детета. Поступци у вези са породичним односима.*

1. УВОД

С обзиром на то да су грађанска субјективна права диспозитивне природе, од воље титулара права зависи њихово стицање и вршење, али и њихова заштита. Заштиту пружа суд у грађанском судском поступку, на тражење титулара чије је субјективно право повређено. Дете је титулар захтева за остварење својих права, пошто сваки субјект који може бити носилац права и обавеза по материјалном праву, има способност да буде парнична странка. Захваљујући савременом схватању, детету се приступа као људском бићу које има своју вољу, жеље, емоције, хтења и потребе и које заслужује да ужива подједнако поштовање које уживају и одрасли.

Стога су, као универзални принципи и као нераздвојиви део људских права, призната и права детета и механизми њихове заштите.

2. ПОЈАМ ДЕТЕТА И ПРАВА КОЈА СУ МУ ГАРАНТОВАНА

2.1. Дете и породица

Свакој култури, сваком народу, у складу са његовим особеностима, начином привређивања, друштвеном организацијом и системом идеала и вредности, али и религијским схватањима, одговара особено схватање детета и његовог развоја.[1] Не постоји универзална и јединствена дефиниција детета и није је лако наћи. Она се често изводи посредно, на основу одредаба којима се постављају старосне границе за, на пример, запошљавање, мобилизацију у оружане снаге, закључење брака или заснивање радног односа, па се дефиниција детета у међународном праву заснива на утврђивању узраста за уживање неког права или заштите права детета.[2]

У Конвенцији о правима детета,[3] дете се дефинише као свако људско биће које није навршило осамнаест година живота, уколико се, по закону који се примењује на дете, пунолетство не стиче раније.[4] И Устав Републике Србије[5] регулише питање малолетства у чл. 37, односно одређује да се пунолетство стиче са навршених осамнаест година живота. Исту границу прихвата, односно преузима и Породични закон,[6] па се дететом сматра свако људско биће млађе од наведеног узраста.

Свако друштво очекује да деца која у њему живе одрасту у способне и одговорне грађане који ће допринети добробити заједнице. Најприроднија и уобичајена средина у којој дете живи и у којој се

[1] Вид. Ж. Требјешанин, *Представа о детету у српској култури*, Београд 2000, 297.

[2] Вид. Н. Вучковић Шаховић, *Права детета и међународно право*, Београд, 2000, 82.

[3] Конвенцију о правима детета наша земља је ратификовала Законом о ратификацији (*Службени лист СФРЈ Међународни уговори*, бр. 15/90). Накнад но су ратификовани Факултативни протокол о учешћу деце у оружаним сукобима уз Конвенцију о правима детета и Факултативни протокол о продаји деце, дечијој проституцији и дечијој порнографији уз Конвенцију о правима детета (*Службени лист СРЈ Међународни уговори*, бр.7/2000). Оба протокола усвојена су маја 2000. године резолуцијом Генералне скупштине УН, а ступили су на снагу јануара 2002. године.

[4] Конвенција о правима детета, чл. 1.

[5] Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/06.

[6] Вид. Породични закон, чл. 11, ст.1 (*Службени гласник РС*, бр. 18/05).

детињство, али и права детета остварују, је породица. Од породице се очекује да обезбеди радну снагу, популациони раст, адекватне услове за подизање деце, али и једнак третман жене и мушкарца. Као најважнија институција друштва, породица представља чинилац који пресудно утиче на формирање личности детета, његов социјални, васпитни, образовни, морални, али и сваки други развој. Схватамо је и као основну јединицу или ћелију друштва и природну средину за живот и развој деце и свих њених чланова, а неспорно је да породични модел у коме деца одрастају јасно усмерава и обликује њихову будућу улогу у животу, тако да је утицај породице на дете не само примарни, већ и одлучујући. У савременим правима ретке су дефиниције породице, јер је тешко правно одредити појам једне појаве која није статична и на коју утичу бројни чиниоци изван правног домена.[7] Ипак може се рећи да је породица животна заједница лица везаних браком или ванбрачном заједницом и сродством или само сродством (крвним или грађанским), која имају међусобна права и обавезе.[8] Породица ужива посебну заштиту државе, а свако има право на поштовање свог породичног живота.[9]

2.2. Права детета и правни извори

Права детета, као нераздвојиви део људских права, подразумевају обезбеђење услова за безбедан живот и развој детета у здравом окружењу, с циљем да дете оствари своје реалне потенцијале и на тај начин допринесе широј друштвеној заједници. Смисао права детета није замена ауторитета, већ она значе стварање предуслова за остваривање људских права сваког појединца без обзира на узраст. Неопходно је истаћи да права детета нису нешто што држава или породица дају детету. Самим рођењем ова права деци припадају и нико их деци не може одузети. Концептом права детета оно се заиста уважава као личност у складу са његовим емоционалним, менталним, али и свим другим способностима.

Детету су, с обзиром на његову физичку и менталну незрелост, потребни посебна зашта и брига, укључујући одговарајућу правну заштиту, како пре, тако и после рођења.[10] Почетком прошлог века формирало се уверење да права деце треба да буду призната и заштићена

[7] Вид. М. Драшкић, *Породично право и права детета,* Београд 2007, 42.

[8] Вид. М. Комар, Р. Кораћ, З. Поњавић, *Породично право*, Београд 1996, 41.

[9] Вид. Породични закон, чл. 2. Једно од ретких права које дефинише поро дицу је црногорско, где је породица дефинисана као животна заједница родитеља, деце и других сродника који имају међусобна права и обавезе Породични закон Црне Горе, чл. 2. (*Службени лист СР Црне Горе,* бр. 7/89). Наводи М. Драшкић, 43.

[10] Вид. Конвенција о правима детета (Преамбула).

и у националном и у међународном праву на посебан начин и путем специјалних међународних докумената.[11] На међународном плану Конвенција о правима детета представља најважнији документ, а усвојена је под окриљем Генералне скупштине Уједињених нација у новембру 1989. године. Као међународни инструмент представља најауторитативнији уговор којим се постављају стандарди у овој области. Ступила је на снагу 1990. године када је првих 20 држава и потписало, а према најновијим подацима, Конвенцију су ратификовале 192 државе чланице Уједињених нација.[12]

Историјски развој који је довео до усвајања овог међународног уговора није био лак, а требало је да прође много времена да се препозна неопходност његовог доношења. Конвенција је свакако прекретница у прихватању права детета као легитимних широм света, па и код нас. Овај документ признаје специфичне потребе које дете има, као и права која му по том основу припадају. Први је универзални закон који на једном месту дефинише целовито сва важна права детета, уместо да се права детета решавају у низу међународних уговора. Одређена права садржана у Конвенцији превазилазе природу посебних права и издигнута су на ниво принципа, без чијег поштовања ниједно друго право детета не може да се ужива у потпуности.[13] То су:

– *право на живот, опстанак и развој* – која држава мора да обезбеди детету у највећој могућој мери (чл. 6);
– *недискриминација* – свој деци припадају једнака права без обзира на: расу, боју, пол, језик, вероисповест, политичко или друго уверење, национално, етничко или социјално порекло, имовинско стање, онеспособљеност, рођење или други статус детета, његовог родитеља или законског старатеља (чл. 2);
– *најбољи интерес детета* – у свим поступцима који се тичу детета његов/њен најбољи интерес имаће приоритет (чл. 3);
– *уважавање мишљења детета* – право је детета да изрази своје мишљење у свим стварима и поступцима који га се тичу и да се то његово мишљење узме у обзир (чл. 12).

Наша земља је ратификовала Конвенцију и тиме преузела обавезу да брине о њеном остварењу, тј. да штити права детета, али и да

[11] Вид. В. Чок, *Смисао и садржина посебних права детета*, Преглед, бр. 10/79, 1143, наводи М. Драшкић,156.

[12] Интересантно је да то нису учиниле само још Сједињене Америчке Државе које су Конвенцију само потписале, али нису ратификовале, док је Сомалија једина држава која Конвенцију није ни потписала ни ратификовала.

[13] Вид. Н. Вучковић Шаховић, 85.

унапређује положај деце. Међутим, иако се међународни уговори у нашој земљи непосредно примењују, у домаћој пракси је занемарљив број оних, пре свега се мисли на судове, који међународне прописе директно примењују.

Под утицајем Конвенције о правима детета у нашем породичном законодавству учињене су одговарајуће корекције. Постојала је друштвена потреба да се спроведе реформа која би правно уобличила еволуцију друштвених односа и обичаја, како би се избегло стварање јаза између тежњи грађана и права.[14] Концепт права детета који је почео да се уводи у нормативни систем Србије након 2000. године кроз потпуну или делимичну разраду у већини закона који се односе на децу, потврђен је Уставом Републике Србије. Деци је гарантовано уживање људских права примерено њиховом узрасту и душевној зрелости. Свако дете има право на лично име, упис у матичну књигу рођених, право да зна своје порекло и право да очува свој идентитет. Деца су заштићена од психичког, физичког, економског или сваког другог искоришћавања, а ванбрачној деци се гарантују сва права која имају деца рођена у браку.[15]

Доношење Породичног закона имало је за циљ да се у Србији област породичних односа нормативно усклади са савременим европским законодавством, али и праксом, уз пуно уважавање новог карактера породичних односа и савременог концепта права човека, а посебно права детета. Нека од најважнијих права детета која су посебно прокламована и заштићена су:

– право детета да зна ко су му родитељи,[16]
– право детета да живи са родитељима,[17]
– право детета на личне односе са родитељем са којим не живи,[18]
– право детета на правилан и потпун развој,[19]
– право детета на образовање,[20]

[14] Вид. З. Поњавић, *Процес приватизације породичног права*, у Ново поро дично законодавство, Крагујевац 2006, 4 5.

[15] Напредак је забележен и кроз прихваћеност концепта на плану институ ционалне изградње, увођењем Савета за права детета при Влади Републике Србије (2002), Пододбора за права детета у оквиру Одбора за родну равноправност Народ не скуштине (2005) и образовањем институције Заштитника грађана, чији је један од заменика задужен за права детета.

[16] Вид. Породични закон, чл. 59.

[17] Вид. Породични закон, чл. 60.

[18] Вид. Породични закон, чл. 61.

[19] Вид. Породични закон, чл. 62.

[20] Вид. Породични закон, чл. 63.

– право детета да предузима правне послове,[21]

– право детета на слободно изражавање мишљења.[22]

Законадавство Републике Србије нема закон којим би се на целовит начин уредила област која се односи на децу и на њихову заштиту, па је у припреми израда и усвајање свеобухватног Закона о правима детета.[23] Наиме, ради се о„кровном“ закону који ће на јединствен начин уредити материју права детета, начин њиховог остваривања и механизаме њихове заштите.[24]

3. ПОСТУПАК У СПОРУ ЗА ЗАШТИТУ ПРАВА ДЕТЕТА

3.1. Поступци у вези са породичним оносима

Посебни парнични поступци предвиђени су законом за поступање у ситуацијама у којима се из одређених разлога не може поступати по правилима општег парничног поступка.[25] Посебна правила поступка условљена су природом односа у коме је дошло до спора, односно природом права које се у поступку штити. То нису детаљно регулисани поступци, већ су њима регулисана само одступања од редовне парничне процедуре, тако што су предвиђена другачија или модификована решења или су предвиђени посебни институти карактеристични само за одређени посебни поступак.

Одредбама Породичног закона у десетом делу уређују се посебни парнични поступци у вези са породичним односима. Том при-

[21] Вид. Породични закон, чл. 64.

[22] Вид. Породични закон, чл. 65.

[23] Након разматрања Извештаја Републике Србије и Алтернативног извештаја коалиције невладиних организација, Комитет за права детета је на 48. седници дао Србији препоруке за имплементацију Конвенције о правима детета. Једна од важ них препорука је израда и усвајање наведеног закона. Канцеларија Заштитника грађана формирала је радну групу која ће радити на креирању овог закона, али и на идетификацији правних празнина у овој области. Очекује се да ће рад на припреми нацрта Закона о правима детета трајати до пролећа 2011. године, а у току разли читих фаза рада на овом закону биће одржавани консултативни састанци са пред ставницима релевантних министарстава и других државних органа, представницима судства, члановима Владиног савета за права детета, представницима међународних организација, децом, професионалцима у одговарајућим областима, УНИЦЕФ ом. Консултативни састанак Заштитника грађана поводом израде Закона о правима де тета, *http://www.ombudsman.rs/index.php/langsrYU/aktivnosti/informacije,* 2. јун 2010.

[24] *Ibid.*

[25] Потребу да за неке спорове буду предвиђена посебна правила, налажу различити разлози. За неке спорове одступања се намећу самом врстом спорног материјалноправног односа и његовим друштвеним значајем. У другим случајевима посебни поступак одговара правнополитичком захтеву да се што пре донесе одлука. Вид. Б. Познић, В. Ракић Водинелић, *Грађанско процесно право*, Београд 1999, 43.

ликом, Породични закон разграничава судске од осталих поступака, а у оквиру судских нормира посебне поступке који имају заједничке одредбе. Тако су, поред уобичајених посебних породичних поступака, креирани и нови посебни поступци, па су регулисани: поступак у брачном спору, поступак у спору о очинству и спору о материнству, поступак у спору за заштиту права детета, поступак у спору за вршење родитељског права, поступак у спору за лишење, односно враћање родитељског права, поступак у спору за поништење усвојења, поступак у спору за заштиту од насиља у породици и поступак у алиментационим споровима.

Породични закон је одредбама предвидео и супсидијарну примену Закона о парничном поступку,[26] што значи да уколико овим законом није другачије одређено, на поступак суда који је у вези с породичним односима примењују се одредбе закона којим се уређује парнични поступак.[27]

Правила која су заједничка за све поступке у вези с породичним односима разликују се од правила општег парничног поступка. У складу с наведеним, у тим поступцима у првом степену суди веће састављено од једног судије и двоје судија поротника, а у поступку по жалби, веће састављено од троје судија. Судије у овим поступцима морају бити лица која су стекла посебна знања из области права детета, а судије поротници бирају се из редова стручних лица која имају искуства у раду са децом и младима. Програм и начин стицања посебних знања из области права детета споразумно прописују министар надлежан за породичну заштиту и министар надлежан за правосуђе.[28] Ова изузетно значајна новина која се односи на специјализацију судија за суђење у породичним односима приближила је наше породично право већини европских права која имају слична решења.[29]

Заједничка карактеристика ових поступака огледа се и у њиховој хитности. Поступци у вези с породичним односима су хитни ако се односе на дете или родитеља који врши родитељско право.

---

26 Закон о парничном поступку ЗПП, *Службени гласник РС,* бр. 125/04.

27 Вид. Породични закон, чл. 202.

28 Вид. Породични закон, чл. 203, ст.1 4. *Правилник о програму и начину стицања посебних знања из области права детета судија који суде у поступци ма у вези са породичним односима* (*Службени гласник РС*, бр. 44/06) има за циљ да судије добију додатна теоријска и практична знања из области права детета и стекну вештине потребне за стручно и ефикасно суђење у поступцима у вези са породичним односима, али и да добију потребна стручна, социјална и психолошка знања која ће им помоћи да боље разумеју породичне проблеме, те да се оспособе да успешно суде у складу са најбољим интересом детета.

29 Вид. Г. Ковачек Станић, *Породично право*, Нови Сад 2005, 306.

Начело хитности у овим поступцима примењено је код одступања од правила о обавезном достављању тужбе на одговор или код правила о обавезном писменом одговору на тужбу.[30] Ово начело огледа се и у лимитираном броју рочишта, па ће суд по правилу поступак спровести на највише два рочишта. Дефинисани су законски рокови у којима је суд дужан да закаже и одржи рочиште. Прво рочиште заказује се тако да се одржи у року од 15 дана од дана када су тужба или предлог примљени у суду, а другостепени суд дужан је да донесе одлуку у року од 30 дана од дана када му је достављена жалба.[31]

Јавност расправе, која је предвиђена као основни принцип опште цивилне процедуре, представља директну последицу принципа јавности, као једног од фундаменталних принципа демократског друштва.[32] Према заједничким одредбама за судске поступке у парницама у којима се решавају породичноправни спорови јавност је искључена по самом закону. У статусним правним стварима одступање од начела јавности је разумљиво и неопходно, с обзиром да то захтевају интереси малолетника и интереси заштите приватног живота странака и њиховог права на приватност.[33] Предвиђено је и да подаци из судских списа спадају у службену тајну, коју су дужни да чувају сви учесници у поступку којима су ти подаци доступни.[34]

У поступцима у вези с породичним односима предвиђена је примена *истражног* начела, а ограничена примена начела диспозиције. Истражно начело значи да у овим поступцима суд може утврђивати чињенице и када оне међу странкама нису спорне, а може и самостално истраживати чињенице које ниједна странка није изнела. Лични карактер односа о којима се ови поступци воде увек носе претњу скривања

[30] Са начелом хитности повезано је и начело суђења у разумном року. Као међународни стандард који треба да обезбеђује делотворно остваривање права на правично суђење у свим фазама судског поступка, ово начело прописано у чл. 6, ст.1 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода (Закон о ратификацији Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода (*Службени лист Србије и Црне Горе Међународни уговори*, бр. 9/03, 5/05), затим представља и уставно начело садржано у чл. 32, ст.1 Устава, али и у чл. 10 ЗПП а. Заштита права на суђење у разумом року обезбеђена је уставном жалбом сходно чл. 170 Устава и чл. 82, ст. 2 Закона о уставном суду (*Службени гласник РС*, бр. 109/07). Као правно средство за заштиту људских права и слобода, Уставна жалба представља новину у правном систему Србије. Може се изјавити против појединачног акта или радње државног органа коме је поверено јавно овлашћење, а којима се повређују или ускраћују права гарантована Уставом, под условом да су исцрпљена или нису предвиђена друга средства заштите.

[31] Вид. Породични закон, чл. 204, ст. 1 5.

[32] Г. Станковић, *Основна начела посебних парничних поступака у породич ним стварима,* у Ново породично законодавство, Крагујевац 2006, 493.

[33] *Ibid.*

[34] Вид. Породични закон, чл. 206.

истине, што се применом истражног принципа онемогућава.[35] Ова специфичност предвиђена је због заштите интереса деце која учествују у поступку. У поступку у спору за заштиту права детета истражном начелу дат је примат, управо у циљу потпуног и тачног утврђења свих околности које су релевантне за исправну одлуку суда о правима и обавезама у посебно осетљивим породичним односима.[36]

За разлику од ових поступака у општем парничном поступку примењује се начело диспозиције, које се односи на везаност суда захтевима странака, што значи да суд одлуку мора да донесе у оквиру тужбеног захтева. Диспозиција парничних странака у поступку ограничена је и сведена у оне оквире који су неопходни за заштиту њихових права. Ограничење диспозитивних овлашћења важи и кад парничне странке нису субјекти породичноправних односа. Наиме, оно постоји и када се ради о странкама у функционалном смислу, односно о јавном тужиоцу или органу старатељства. Одступање од начела диспозиције манифестује се у ограничењу права странака у погледу покретања одређених посебних породичних поступака, у официјелном покретању појединих парничних поступака, у невезаности суда за захтеве странака, у недопуштености одређених диспозитивних радњи у току поступка.[37]

Начело официјелности има знатно ширу примену у посебним парничним поступцима у породичноправним стварима, што са једне стране омогућава суду да прошири обим породичноправне заштите и преко граница захтева који су поставиле странке, а с друге стране, да буде у могућности да у поступку примени императивне норме, чиме би се уклониле све оне процесне баријере које произилазе из веза-

---

[35] Вид. Д. Палачковић, 537.

[36] *Ibid.*

[37] Тако је парнични суд овлашћен да покреће адхезиони алиментациони поступак, да у парници за заштиту права детета или у брачној парници одлучује о вршењу, односно о лишењу родитељског права, о мерама заштите од насиља у породици или да у парницама из породичних односа по службеној дужности нареди привремене мере ради издржавања, смештаја или заштите од насиља малолетне деце. Овлашћење парничног суда да по службеној дужности покреће адхезионе парничне поступке обезбеђења предвођено је пре свега, ради заштите виталних интереса малолетне деце или ради заштите физичког или психичког интегритета чланова породице који су жртве насиља у породици. Подразумева се да парнични суд може да има ова овлашћења само уколико је странка пред њим покренула неки од посебних парничних поступака. Одступање од начела диспозиције манифестује се и у томе што парнични суд у појединим породичним поступцима није везан за тужбени захтев. Странке не могу увек да одреде границе одлучивања у парницама поводом појединих породичних спорова, као што су алиментационе парнице које се тичу издржавања малолетне деце, парнице о вршењу родитељског права или парнице о лишењу родитељског права, као и парнице за заштиту од насиља у породици. Вид. Г. Станковић, 488.

ности суда за страначке диспозиције.[38] Ово начело конкретизовано је тиме што је предвиђено да парнични суд може да покрене адхезиони парнични поступак или адхезиони поступак обезбеђења по службеној дужности и да сам одреди предмет одлучивања, да прекорачи тужбени захтев, да сам одлучије које ће чињенице утврђивати и када оне нису спорне, али и да сам одређује које ће доказе изводити.[39]

У општем парничном поступку расправно и истражно начело постоје као методска начела која се односе на прикупљање чињеничног и доказног материјала. У овим поступцима расправно начело подређено је истражном начелу, које омогућава суду да истражује истинитост релевантних чињеница, али и судији слободу у прикупљању, избору и формирању процесног материјала који чини подлогу за одлучивање.[40] О накнади трошкова поступка суд одлучује по слободној оцени, водећи рачуна о разлозима правичности.[41] Најзад, ревизија је у овим поступцима увек дозвољена, осим ако овим законом није другачије одређено.[42]

3.2. Поступак у спору за заштиту права детета

Полазећи од међународних стандарда Породични закон признаје најважнија права детета, као и посебан парнични поступак који пружа процесне гаранције да се та права могу остварити. Овај поступак предвиђен је као виши ниво заштите, односно као допуна систему заштите дечијих права у парничном поступку.[43] У овом поступку предмет заштите су сва права која Породични закон гарантује детету, али само као коректив, када било које од тих права није заштићено другим поступком, самосталним или адхезионим.[44]

Сваки од посебних поступака у вези с породичним односима регулисан је самостално, изузев поступка у спору за заштиту права детета и поступка за вршење односно лишење родитељског права, који су регулисани заједно. То свакако није добро ни адекватно, али се овакав приступ оправдава низом заједничких правила парничне процедуре за обе врсте спорова, као што су она о месној надлежности, колизијском старатељу и привременом заступнику детета и његовим дужностима, дужностима суда, дужностима других који су надлежни да одлучују ако се овакви поступци односе и на права

38 *Ibid.,* 490.

39 *Ibid.,* 491.

40 *Ibid.*

41 Вид. Породични закон, чл. 207.

42 Вид. Породични закон, чл. 208.

43 Вид. Д. Палачковић, 533.

44 *Ibid.*

деце, о примени начела хитности поступања, о пресуди и судском поравнању.

3.2.1. Начела поступка

Поступак у спору за заштиту права детета, у односу на општу парничну процедуру, издваја један број начела, а онда у њиховој конкретизацији низ сасвим специфичних процесних института.[45]

Сваки поступак у вези с породичним односима хитан је ако се односи на дете или родитеља који врши родитељско право, а поступак у спору за заштиту права детета је *нарочито хитан*. Прво рочиште заказује се тако да се одржи у року од 8 дана од дана када је тужба примљена у суду, а другостепени суд има обавезу да донесе одлуку у року од 15 дана од дана када му је достављена жалба.[46] Може се, дакле, закључити да су рокови у спору за заштиту права детета још краћи од рокова у породичним споровима уопште.

Принцип најбољег интереса детета испуњава се када се потребе дететовог развоја задовољавају у кругу његове природне породице. Специфичности сваког детета обликују његове потребе, а управо су потребе оно на чему се заснивају права. Најбољи интерес детета је да га одгајају његови родитељи, а држава има обавезу да им у томе помогне.

Овај правни појам утемељен је у међународном праву и садржан у породичном праву многих држава.[47] Конвенција о правима детета утврђује посебан критеријум за поступање у свим активностима које се тичу деце, без обзира на то да ли их предузимају јавне или приватне институције социјалног старања, судови, административни органи или законодавна тела, најбољи интереси детета биће од првенственог значаја.[48] У поступцима који се односе на заштиту права детета поштовање овог принципа је од приоритетног значаја.

---

45 *Ibid.,* 534.

46 Вид. Породични закон, чл. 269.

47 Принцип најбољег интереса детета званично је први пут истакнут у Декларацији о правима детета из 1959. године.

48 Конвенција о правима детета, чл. 3:

2. Стране уговорнице се обавезују да детету обезбеде такву заштиту и бригу која је неопходна за његову добробит, узимајући у обзир права и обавезе његових родитеља, законских стралаца или других појединаца који су правно одговорни за дете и у том циљу ће предузимати све одговарајуће законодавне и административне мере.

3. Стране уговорнице ће обезбедити да се институције, службе и установе од говорне за бригу или заштиту деце прилагоде стандардима које су утврдили надлеж ни органи, посебно у области сигурности, здравља, у погледу броја и подобности особља, као и стручног надзора.

Наведени принцип универзално је прихваћен свуда у свету, па и у нашој земљи. Одребом Породичног закона уобличен је у обавезу, па је тако свако дужан да се руководи најбољим интересом детета у свим активностима које се тичу детета.[49] Поменути закон прописује дужност суда да се руководи најбољим интересом детета, али овај појам нигде прецизно не одређује.[50] Сложеност овог принципа захтева моћ селективног расуђивања, али и изоштрене логичке способности оних лица која доносе одлуку шта је у најбољем интересу детета. Схватање заступљено у америчкој правној теорији, претпоставља да се најбољи интерес детета може одредити као стандард најмање штетне алтернативе који стоји на располагању.[51]

Уважавање мишљења детета је једно од основих права која се гарантује деци. Уједно је и део шире категорије, категорије права на партиципацију, којом се дете признаје за активног учесника у друштву. Категорија партиципације садржи грађанска права и слободе детета као активног учесника у складу са његовим годинама и зрелошћу.[52] Временом се мења схватање и прихватање детета као једнаког људског бића, па се оно не посматра више као објект заштите, већ као лице које може у складу са својим развојним могућностима да размишља и одлучује о свом животу. Деца могу да изразе своју жељу, потребу или мишљење, само је питање како то саопштавају и како одрасли на то реагују. Уважавањем тако исказане потребе или жеље, одрасли дају могућност детету да на свој начин утиче на доношење одлуке.

У међународном праву, све до усвајања Конвенције, мишљењу детета није посвећено довољно пажње.[53] Али, изражавање мишљења детета и његово уважавање није више ствар ничије добре воље, већ

---

[49] Вид. Породични закон, чл. 6, ст. 1.

[50] Није одређена садржина начела не постоји листа критеријума (чињеница и околности) по којима би се могло утврдити шта је у конкретном случају најбољи интерес детета. Тако, најбољи интереси детета остају апстрактна конструкција која као таква нема довољну обавезујућу снагу, а даља последица таквог решења биће тешкоће у примени, неуједначена пракса и немогућност оцене поступања државних органа и родитеља у светлу овог начела. Вид. Н. Шаховић Вучковић, *Права детета и породично законодавство,* у Ново породично законодавство, Крагујевац 2006, 258.

[51] Вид. Г. Ковачек Станић, *Правни израз родитељства*, Нови Сад 1994, 52.

[52] Вид. О. Јовић, *Европски концепт права детета родитељска права и дужности*, докторски рад, Нови Сад 2008, 87.

[53] Конвенција о правима детета, чл. 12:

1. Стране уговорнице ће обезбедити детету које је способно да формира сопстено мишљење, право слободног изражавања тог мишљења о свим питањима која се тичу детета, с тим што се мишљењу детета посвећује дужна пажња у складу са годинама живота и зрелошћу детета.

норма међународног права која је инспирисала и нашег законодавца.[54] Дете које је способно да формира своје мишљење има право на слободно изражавање тог мишљења, али и право да благовремено добије сва обавештења која су му потребна за формирање мишљења. Мишљењу детета мора се посветити дужна пажња у свим питањима која га се тичу и у свим поступцима у којима се одлучује о његовим правима, а у складу са годинама и зрелошћу детета.[55] То подразумева да се детету обезбезбеди и процесни субјективитет у поступку, што захтева информисање детета о свим аспектима правног проблема са којим се суочава, али и утврђивање његове праве жеље и правог мишљења о тој правној ствари.[56]

У Породичном закону није предвиђена доња старосна граница као предуслов за остваривање овог права, јер у животу сваког детета, без обзира на узраст, постоје ствари које га се директно тичу и које су за њега важне. Тако и мала деца имају неко своје мишљење које изражавају на њима својствен начин. Дете које је навршило 10. годину живота може слободно и непосредно изразити своје мишљење у сваком судском и управном поступку у коме се одлучује о његовим правима, односно може само или преко неког другог лица или установе да се обрати суду или органу управе и затражи помоћ у остваривању свог права на слободно изражавање мишљења.[57] Суд и орган управе утврђују мишљење детета у сарадњи са школским психологом, односно органом старатељства, породичним саветовалиштем или другом установом специјализованом за посредовање у породичним односима, а у присуству лица које дете само изабере.[58] Дакле, законска је претпоставка да дете које је навршило 10. годину живота има одговарајућу зрелост да може да формира и изнесе своје мишљење. Да би дете могло са успехом да оствари ово своје право,

2. У том циљу, детету ће посебно бити пружена могућност да буде саслушано у свим судским и административним поступцима који се тичу детета, било непо средно или преко заступника или одговарајућег органа, на начин који је у складу са процесним правилима националног закона.

[54] Вид. З. Поњавић, *Породично право*, Крагујевац 2007, 235.

[55] Вид. Породични закон, чл. 65. ст. 1 3.

[56] Вид. Љ. Милутиновић, *Заступање у парницама из брачних и породичних односа*, Правни живот, бр. 13/07, 674.

[57] Поље примене наведеног права детета је прилично флуидно. Тешко је тако рећи које се имовинско питање између родитеља не тиче истовремено и малолет ника. Начин уређења питања издржавања по разводу брака, поделе имовине, одго ворности према трећим лицима, свакако имају одређеног одраза и на материјални положај малолетника, односно то су питања која се и њега тичу. Упркос томе, тешко би се могао прихватити став да детињем мишљењу треба посветити дужну пажњу и у оставинском поступку у коме се расправља о заоставштини између родитеља и њихових сродника. Вид. З. Поњавић, 235.

[58] Вид. Породични закон, чл. 65, ст. 4 6.

неопходно је да има слободу да тражи, прима и даје информације и идеје свих врста и без икаквог ограничавања, било усмено, писмено или штампано.

3.2.2. Остале специфичности поступка

У споровима који се покрећу ради заштите права детета, вршења или лишења родитељског права, важе и нека правила која су заједничка само овој врсти спорова, а њихов је смисао да осигурају да се права детета могу ефикасно остваривати у сваком поступку у коме учествује и дете.[59] Тако се поступци у спору за заштиту права детета покрећу искључиво тужбом, а ту тужбу могу поднети дете, родитељ детета, јавни тужилац или орган старатељства. Међутим, уз то, право да обавесте јавног тужиоца или орган старатељства о могућој потреби заштите права детета имају све дечије, здравствене и образовне установе или установе социјалне заштите, правосудни и други државни органи, удружења и грађани. Тужба за заштиту права детета може се поднети у погледу свих права која су детету призната овим законом, а нису заштићена неким другим поступком.[60] Другим речима, активно су легитимисани они који имају обавезу да штите интересе детета и који су најпозванији да о њима брину. С друге стране, сви они који су у прилици да сазнају да су права детета повређена или угрожена имају обавезу да предузму одговарајуће мере. Дакле, овлашћења која су дата јавном тужиоцу јасно говоре о значају који се придаје заштити права детета. Тако и орган старатељства, захваљујући својој надлежности, не само да има право да покрене овај поступак, него је и дужан то да учини, чим сазна да су испуњени законски услови за заштиту права детета, али има и обавезу да предузме мере за заштиту личности, права и интереса детета пошто сазна за могућност наступања разлога за лишење родитељског права.

За спорове у вези са правима детета увек су стварно надлежни судови опште надлежности. У првом степену суди основни суд, а у другом степену виши. Породични закон у споровима за заштиту права детета допушта примену општих правила парничне процедуре, који предвиђа могућност коришћења редовних и ванредних правних лекова, уз још једно специфично правно средство – жалбу Уставном суду. Имајући у виду чињеницу да је наша земља чланица Савета Европе, постоји и могућност подношења представке Европском суду за људска права, наравно једино у ситуацији када су исцрпљени сви правни лекови које предвиђа домаћи правни систем.[61]

---

[59] Вид. М. Драшкић, 281.

[60] Вид. Породични закон, чл. 263, ст. 1 3.

[61] О релевантности пресуда Европског суда за људска права у нашем управ ном процесном праву, вид. В. Цуцић, „Старзбуршки стандарди у управном спору“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/09, 247 272; у области извршног поступ

Месна надлежност судова у споровима за заштиту права детета различито је одређена у зависности од тога ко је у процесној улози тужиоца.[62] Месно надлежан суд је, осим суда опште месне надлежности, и суд на чијем подручју дете има пребивалиште, односно боравиште.[63] Дакле, оно може поступак да покрене и у месту свог пребивалишта, односно боравишта, а та чињеница свакако у великој мери олакшава његов процесни положај. Функционална надлежност се односи на састав судијског већа.

Породични закон је у овим поступцима предвидео одребу за ситуацију да дете и родитељ (старатељ), као његов законски заступник, имају супротне интересе. Тако, у случају постојања конфликтних интереса између детета и његовог законског заступника, дете заступа *колизијски старатељ*. Постављање колизијског старатеља дете може затражити од органа старатељства, уколико је навршило 10. годину живота и способно је за расуђивање и то са̂мо, односно преко неког другог лица или установе. Иницијатива детета за постављање колизијског старатеља за заступање у конкретној парници има посебан значај, јер на овај начин дете често и обавештава орган старатељства да супротност интереса постоји.[64] Дете поменутог узраста које је способно за расуђивање може са̂мо, односно преко другог лица или установе затражити од суда да му постави и *привременог заступника* због постојања супротних интереса између њега и његовог законског заступника.[65] Привременог заступника детету може, односно дужан је да постави суд, ако процени да у спору за заштиту права детета, дете као странка није заступано на одговарајући начин.[66]

ка вид. М. Шобат, И. Стојшић, „Извршни поступак и повреда права на правично суђење европски контекст и ново српско законодавство“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/09, 354 373. О начинима формирања судске праксе Европског суда за људска права у Стразбуру, вид. више текст судије тог суда, Д. Поповић, „Аутономни концепти европског права људских права“, *Анали Правног факултета у Београду* 4/09, 121 137.

[62] Вид. Д. Палачковић, 535.

[63] Вид. Породични закон, чл. 261.

[64] Вид. Д. Палачковић, 541.

[65] Вид. Породични закон, чл. 265. ст. 1 3.

[66] „Колизијски старатељ и привремени заступник имају ограничен мандат у заступању детета. Примарно ограничење у оба случаја је временско. ...привремени заступник увек и искључиво заступа у конкретној парници и његов положај је јасно ограничен на процесне активости. ...одлуком о постављању колизијског старатеља одређује се, ‘правни посао или врста правног посла коју он може предузимати у зависности од сваког конкретног случаја’, а то значи и вођење конкретног спора у коме су изражени супротни интереси детета и његовог законског заступника“. Вид. Д. Палачковић, 542.

У поступку заступања детета и колизијски старатељ и привремени заступник имају дужности према детету, које су у обавези да поштују. Ако колизијски старатељ или привремени заступник утврди да у спору за заштиту права детета он заступа дете које је способно да формира сопствено мишљење, онда је дужан да се стара да дете благовремено добије сва обавештења која су му потребна, да детету пружи објашњења која се тичу могућих последица аката које предузима, као и да суду пренесе мишљење детета, ако дете није непосредно изразило мишљење пред судом. Подразумева се да се ових дужности колизијски старатељ или привремени заступник могу ослободити, ако би радње које предузимају биле у супротности са најбољим интересом детета.[67]

Пре него што донесе одлуку о заштити права детета, суд је дужан да затражи *налаз и стручно мишљење* од органа старатељства, породичног саветовалишта или друге установе специјализоване за посредовање у породичним односима. У спору за заштиту права детета постоји и *ограничење* које се односи на *врсту пресуде* коју суд може да изрекне. Тако, не може се изрећи пресуда због пропуштања, нити пресуда на основу признања или одрицања. У овом спору странке не могу да закључе ни судско поравнање. Суд може пресудом у спору за заштиту права детета одлучити и о вршењу односно лишењу родитељског права, при чему може одлучити о потпуном или делимичном лишењу родитељског права.[68] Поред тога, у овом поступку је могуће да суд својом одлуком одреди једну или више мера заштите од насиља у породици.[69]

4. ЗАКЉУЧАК

Захваљујући реформи породичног законодавства у нашој земљи учињен је напредак не само у домену права детета, већ и у домену људских права уопште. У складу са међународним конвенцијама и савременим стандардима у нашем законодавству одређен је положај детета и права која му припадају. Тако је одредбама Породичног закона први пут правно уређен корпус права детета, која су универзално прихваћена свуда у свету, па се добробит деце промовише и на међународном и на националном нивоу кроз принципе

[67] Наведене дужности имају суд и колизијски старатељ или привремени заступник и у другим судским поступцима у вези са породичним односима, ако се ти поступци односе на права детета, а такође и други органи који воде поступке ако се ти поступци односе на права детета. Вид. Породични закон, чл. 268.

[68] Вид. Породични закон, чл. 273, ст.1 2.

[69] Овим мерама се привремено забрањује или ограничава одржавање личних односа са другим чланом породице. Мере заштите од насиља у породици прописане су чл. 198. Породичног закона.

недискриминације, најбољег интереса детета, права на живот, опстанак и развој и права на партиципацију.

Породични закон у десетом делу прописује посебне поступке у вези са породичним односима, међу којима и поступак у спору за заштиту права детета и у спору за вршење односно лишење родитељског права. У овом поступку могуће је штитити права која су детету призната овим законом, а нису заштићена неким другим поступком. Дакле, ради се о својеврсној допуни систему заштите дечијих права која има за циљ да у пракси постоји ефикасан систем заштите права деце, али и да се њихова права унапређују и промовишу. Овај поступак је специфичан и по процесном инструментаријуму, који се разликује у односу на стандардну судску парничну процедуру. Међутим, и поред свега тога, остаје отворено питање у којој ће се мери у пракси права детета адекватно штитити у овом поступку. Због тога је неопходна шира друштвена акција упознавања са новим законским решењима, као и промена свести у правосудним институцијама.

Гарантовањем права детета задовољени су највиши европски стандарди, али, као и обично, остаје споран домен примене. Треба се надати и чинити све што је могуће, како на индивидуалном, тако и на институционалном плану, да се постепено почну искорењивати штетни обичаји и поступци у понашању према деци, у циљу промовисања њихових права. Вероватно ће томе допринети и нови Закон о правима детета који је у најави.

Sanda Ćorac, LLM

PhD student
University of Kragujevac Faculty of Law

RIGHTS OF THE CHILD IN SERBIA AND SPECIFICS OF THEIR PROTECTION

Summary

The focal point of this article are the specifics of protection of the rights of the child in special civil proceedings, under Chapter X of Family Act of the Republic of Serbia (2005), *i.e.* the mechanisms for providing special protection of these rights in cases when general rules do not suffice.

Key words: *Serbian Family Act (2005). – Protection of the rights of the child. – Procedures concerning family relations.*

НЕКРОЛОЗИ

Др Сима Аврамовић

редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

АКАДЕМИК ЛУЈО МАРГЕТИЋ (1920 2010)

Судбина је хтела да се, у деведесетој години живота, истог дана када се пре 58 година оженио својом верном животном сапутницом и сарадницом Анелисе, рођ. Браут, 17. маја упокоји академик Лујо Маргетић, један од последњих изданака генерације великих правних историчара с ових простора. Мада је пре свега био историчар средњовековног хрватског права, својим текстовима је и на страницама *Анала Правног факултета у Београду*, први у некадашњој Југославији, начео теме из области античког грчког права и постао родоначелник те дисциплине код нас. Спектар његових научних интересовања био је фасцинантан, а продукција на граници невероватног – преко 50 књига и 350 чланака, од којих су многи на страним језицима.[1] Разноврсност тема које је захватао с изузетном ерудицијом, беспрекорним познавањем релевантне литературе и увек иновирајућим и оригиналним поставкама показује већ и увид у текстове које је објавио у *Аналима*. Ту је дао леп допринос изучавању колоната у римском праву, венецијанског права, а поготово српског средњовековног права, нудећи ново, мада донекле контроверзно виђење српске проније.[2] Српским средњовековним правом се бавио

[1] Детаљна библиографија радова академика Маргетића може се наћи на сајту Хрватске академије знаности и умјетности, *http://info.hazu.hr/lujo margetic bibliografija knjige*.

[2] Л. Маргетић, „*Vindicatio in servitutem i vindicatio servi* у гортинском праву", *Анали Правног факултета у Београду* 4/1964, 424 430; исти, „Неки правни про блеми колоната у касном Римском царству", *Анали Правног факултета у Београду* 4/1986, 285 308; исти, „Правноповијесни коријени раносредњовјековна млетачког *vaditonium comprobandi* с медиатором", *Анали Правног факултета у Београду* 5/1989, 461 473; исти, „Поријекло и основне значајке српске проније", *Анали Прав ног факултета у Београду* 4/1990, 419 435.

и у радовима који су објављивани на другим местима.[3] Интересовала га је најшира проблематика правне историје, али чак и теме које донекле излазе из тог оквира, поготово деликатна питања етногенезе Словена, коју је изучавао нарочито током последње деценије свог живота. Његов допринос хрватској правној историји је неизмеран. Без претеривања се може рећи да је после Другог светског рата ретко који правни историчар с простора некадашње Југославије толико померио границе сазнања и толико допринео унапређењу правне историје сопственог народа, колико је то учинио академик Маргетић.

Његове радове одликује изванредна оригиналност, многи његови ставови су знали да буду провокативни, што му се неретко и замерало. Као да наука не напредује управо захваљујући храбрим продорима у непознато, а не препричавањем и козметичким модификовањем добро познатих теорија. Начин на који је он тумачио изворе, које је помно истраживао и од којих је увек полазио у својим конструкцијама, нимало није робовао клишеима и ауторитетима који су изградили пре њега непомериве зидове. Он је знао да их руши убојито, чврсто постављеном логичком аргументацијом и изванредно јасним тумачењима, новом интерпретацијом извора, увек заснованом на одличном познавању, разумевању и објашњењу контекста у коме су они настајали. При том, чврста утемељеност на изворима и литератури коју је познавао до детаља, знање десетак језика укључујући класичне (завршио је Класичну гимназију у Загребу), ретка ерудиција и оштрина у научним дискусијама, учинили су га јединственом научном фигуром у региону, који је обележио правну историју друге половине прошлог и почетка овог века.

Маргетићева врцава духовитост је избијала из сваког његовог рада, али и из сваког писма. Критички дух који је носио често га је коштао многих оспоравања, неразумевања и отпора. Због тога је доста времена морало да протекне пре но што је постао редовни члан Хрватске академије знаности и умјетности. Један одломак из његовог писма упућеног писцу ових редова, као да даје његову сопствену научну ретроспективу, али и осликава енергију коју је носио до последњег дана, начин његовог мишљења, особеност његовог научног манира, способност да у пар реченица сажме саму суштину ствари и најделикатнијих изазова, духовитост и лакоћу с којом се хватао у коштац и са највећим темама.

> И ја се спремам на озбиљан потхват. Покушат ћу написати рад под радним називом *Идеали и њихово остварење – примјер св. Павла и Маркса*. Прибавио сам већ литературу.

[3] На пример, L. Margetić, „Isprava kralja Milutina za manastir Sv. Georgija prilog poznavanju društva u srpskoj državi XIV stoljeća“, *Historijski zbornik* 42/1989, 71 76.

Успут речено, св. Павао је, као што знаш, стварни оснивач кршћанства, живио је у доба Исуса Криста, сачувано је и нешто његових изворних (!) списа, а од њега потјече идеја о том да је Исус Крист ускрснуо од мртвих. По његовом узору славимо Ускрс, што је већ у његово доба отворило тешко питање: ако је Исус међу нама и још к томе жив, зашто се не зна гдје је (проблем тзв. „парусије"), што је задњих година Павлова живота проузрочило и њему велике главобоље. (Није чудо, да је и нама – Анелисе и мени – проузрочило бескрајне непроспаване ноћи: стварно, куд се дјенуо?). А сигурно је и вама то питање загорчило многе ноћи. А с друге стране, покушат ћу објаснити главобоље Маркса, који је у задњим годинама углавном напустио „марксизам", само што се тај размјерно његов велики рад, који је и Теби познат и о којем смо расправљали у чланцима, више мање прикривао до тако-рећи наших дана. Маркс је својим „правим", ортодоксним тезама и научавањем ударио темеље суставу који је у Русији побиједио 1917. године и у којем смо и ми живјели, негдје до пропасти Југославије. Треба само погледати нпр. енциклопедије из доба Југославије, да се види како су се наши знанственици мучили да све то ускладе. О томе сам и ја писао, па се гњев ондашњих теоретичара сручио и на мене: „Нама не требају марксолози, него марксисти".

Велика већина наших марксиста с тим није имала никаквих тешкоћа, чак ни они који прихваћају разне национализме свих боја и којима је било какво спомињање Маркса саблазан.

Надам се да нећу доживјети (хвала Богу, лоше се осјећам) да опет побиједи барјак револуционарне побједе, под који би се одмах вратили ти исти, уз образложење да су, ето, поновно „прогледали". Али, отпловио сам, умјесто да се држим теме.

Стигао је Маргетић да напише и објави тај рад о св. Павлу и Марксу, као један од последњих, у коме је – као и толико пута раније – изнео низ крајње оригиналних и изазовних хипотеза и замисли.[4]

[4] L. Margetić, „Sveti Pavao i Karl Marx dva velikana svjetske povijesti", *Rad HAZU* 500, knj. 46/2008,109 145. У неаутентичној Другој посланици Солуњанима тврди се да ће се пре Исусовог доласка појавити „Човек безакоња", који ће за себе тврдити да га је послао Бог, а Маргетић доказује да је писац те посланице мислио на цара Домицијана, толико омраженог, да је римски сенат прогласио његову *damnatio memoriae.* У делу рада који говори о Марксу, Маргетић се враћа на њему омиљену анализу Марксовог позног рада *Grundrisse*, писаном 1857/1858. године, где је изнео сасвим нове идеје и у коме је на нов начин интерпретирао историју човечанства. О том Марксовом раду са Маргетићем је водио расправу аутор ових редова, у тексту објављеном у *Аналима*: на текст L. Margetić, „Prilog diskusiji o Marxovom shvaćanju antičkog tipa zemljišnog vlasništva", *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 35/1984, 425 434, нешто другачије виђење је понудио С. Аврамовић, „*Grundisse* и Марксов

Стигао је и да препоручи *Аналима* текст своје колегинице Велинке Грozданић, уреднице Зборника Правног факултета у Ријеци (штампан у претходном броју часописа),[5] мада је област о којој је реч далеко од правне историје. Стигао је и да публикује књигу коју је дуго припремао *О етногенези Хрвата и Славена* (Сплит 2007), за коју је с великим нестрпљењем очекивао реакцију научних кругова из некадашње Југославије – али се, за његова живота, нико није усудио да с њим о томе расправља. Стигао је и да хрватској правничкој јавности представи у *Зборнику Правног факултета у Загребу*, уз највеће похвале, књигу београдског колеге Жике Бујуклића *Forum Romanum* настављајући да гради мостове између српске и хрватске науке, као што је то чинио и раније, поготово набавком тешко доступних радова и књига. Стигао је, најзад, и да буде коуредник и рецензент заједничког броја *Анала Правног факултета у Београду* и Правног факултета Универзитета у Бечу, који излази ове године.

Био је невероватно модеран, с обзиром на чињеницу да године обично са собом носе одређен степен конзервативизма. Писао је уџбенике за Националну, као и за Општу правну историју, па и за Римско право, на један нов начин. Међу првима је осетио потребу и да се мењају називи и садржај предмета, па је снажно поздравио трансформисање Опште историје државе и права у Општу правну историју на Правном факултету Универзитета у Београду, а потом, у следећем кораку, у Упоредну правну традицију. И сам је начинио благи искорак у правцу пребацивања тежишта с историје државе на историју права, па је уместо традиционалне Опште историје државе и права предмет назвао, не само формално мењајући његов наслов – Опћа хисторија права и државе. Његови уџбеници били су изванредно занимљиво и проактивно штиво за студенте, али и за колеге из струке. Сваки од њих је, уз поједине тематске целине, често имао и по неку илустрацију из извора или одабрани правни проблем о коме студент треба критички да размисли, на уштрб приче о великим теоријама и безбројним историјским детаљима. Ево још једног поучног дела из његовог писма о томе како би требало писати уџбенике правне историје у „ново“ доба:

> Почетна идеја била је сјајна: с обзиром на то да се Еуропа глобализира и да су студији далеко иза тог тренда, начинимо рез и дајмо нашим студентима нове програме који ће уважавати тај тренд.

концепт античког типа производње и земљишне својине“, *Анали Правног факултета у Београду* 1 4/1983, 23 39, на шта је одговорио L. Margetić, „Pretkapitalističke for macije u Marxovim Grundrissima“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci* 6/1985, 197 222.

[5] В. Грозданић, „Кривичноправни поглед на самоубиство“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2009, 55 69.

> У том смислу ја сам имао и имам посве јасну концепцију: треба начинити рез у правној повијести и њу профилирати на нов, по мојем мишљењу, једини логични начин: правна повијест треба упознати студента с развојем права, али тако да га уједно научи правно мислити и да све не буде преопширно. Већ пре много година написао сам уџбеник римског права, брутално скресао опсег, додао „цвебе“ које су, уз остало, требале потакнути колеге да се супротставе мојим тезама и имао намјеру да мало помало, кроз пет-шест година створим нови уџбеник римског права са садржајем и опсегом дубоко различитим од досадашњег. Све је испало као торзо, који је и данас у упораби у Ријеци (и још негдје, али нисам потпуно сигуран, јер ме не занима). Али, сматрам да је реформа потом запала у слијепу улицу.

Стални изазивач на академске двобоје, научни провокатор, мајстор стручне полемике, чезнуо је за одговорима и оспоравањима, за озбиљном и суштинском научном расправом (која је често изостајала), свестан да се само тако научна сазнања могу кретати напред. С невероватном лакоћом је мењао попришта на којима је доносио иновације. Трагови које је за собом оставио су подједнако дубоки и на терену изучавања византијског права: уз бројне текстове о појединим установама овог правног система, једини је на наш тада заједнички језик превео неке од најважнијих византијских изворних текстова – Еклогу и Земљораднички закон.[6] Један је од ретких ко се овде бавио венецијанским правом, па чак објављивао своје текстове и у италијанским енциклопедијама о тим темама. Његов допринос развоју хрватског средњовековног права се не може сажети у некрологу овог обима, јер је то област у којој ће се његово име тек помињати и славити у временима која долазе. С извесном дозом зависти, може се једино рећи да је срећан онај народ који је имао правног историчара какав је био Лујо Маргетић.

Но, оно по чему ће Маргетић такође остати запамћен је и пут који је прошао: од правника у тадашњем ријечком Електроприморју, у науку се упутио тек шездесетих година XX века, а своје прве радове је посветио античком грчком праву.[7] И већ одмах, на самом почет-

[6] L. Margetić, „Ekloga iz 726. godine i njezina važnost za našu pravnu povijest“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci* 1/1980, 53 78; исти, „Zemljoradnički zakon (*Nomos georgikos*)“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci* 3/1982, 85 122. Нарочито је значајан и његов рад „Бизантско брачно имовинско право у свјетлу Новеле XX Лава Мудрога (с особитим обзиром на развој брачног имовинског права у средњовјековним далма тинским градским опћинама)“, *Зборник радова Византолошког института* 17/1978, 19 50.

[7] L. Margetić, „Pravo u Hesiodovu epu *Erga kai hemerai*“, *Živa antika*, 12/1962, 39 49; исти, „Pseudodemostenov govor protiv Leohara i diamartirija“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta Rijeka*, 12, 3 4/1962, 260 271; исти, „*Dike egzoules* u atičkom pra vu“, *Živa antika*, 13 14/1964, 39 65; исти, „*Vindicatio in servitutem* и *vindicatio servi*

ку своје окаснеле научне каријере, поставио темеље ове дисциплине у нашој тадашњој науци, али и брзо стекао међународно признање. Тек се потом, од седамдесетих година тог века, а у својој педесетој години живота (!), почео први пут више бавити хрватским правом као научник.[8] Тако закаснели активни улазак у свет науке није му сметао да наредних деценија израсте у једну од водећих личности хрватске правне историје, са преко 200 незаобилазних текстова из те области. Апсолутна посвећеност истраживањима, пожртвован свакодневни рад на изворима и литератури, безрезервна подршка и свеколика помоћ супруге, одржавање физичке кондиције пливањем уз штоперицу све до своје осме деценије, изродили су фасцинантну каријеру за незаборав.

И, на крају, можда ипак треба забележити један лични моменат. Пријатељство које је веома импоновало некоме ко тек ступа у научне воде, крунисано је понудом да један академик, са својом супругом, преведе књигу писца ових редова о атинском логографу Исеју на италијански језик, коју је потом објавила позната издавачка кућа *Jovene editore.* Пријатељство учвршено на тај начин, и потребу да се сачува комуникација, нису успели да прекину ни несрећни ратни догађаји деведесетих година прошлог века, па се, на његов предлог, за дописивање користила адреса Маргетићевих пријатеља у Трсту. Такво разумевање и непрестано пружање подршке млађим колегама представља пример који треба забележити, јер то није баш тако честа појава у академским круговима. Од њега се имало шта научити и о струци, али и о животу. Они који буду читали Маргетићева дела имаће прилике да црпе његове мисли о првоме, а овај текст је намењен првенствено онима који су спремни да схвате поруке његовог духа о овом другом.

у гортинском праву“, *Анали Правног факултета у Београду* 4/1964, 424 431; исти, „The Judge Affixer in the Judicial Procedure of Athens“, *Revue international des Droits de l’Antiquité,* 3° Série, 12/1965, 149 155; исти, „L’ *eis emfanon katastasin* nel diritto attico*“, Živa antika*, 15/1966, 371 379; исти, „Покушај правне интерпретације судске сцене на Ахилову штиту“, *Зборник радова посвећен Алберту Вајсу*, Београд 1966, 51 57; исти, „*Vindicatio in libertatem* код Платона и у атичком праву“, Глас Српке академије наука и уметности, Beograd CCLXVIII/1967, 51 61.

[8] Први значајнији рад из те области био је „Brak na istarski način“, *Vjesnik historijskih arhiva u Rijeci i Pazinu* 15/1970, 279 309.

УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ

Текстови по правилу не треба да буду дужи од једног табака, куцани ћирилицом. Изузетно, максимални обим текстова је 1,5 табак. Један табак износи 16 страна од 28 редова са 66 знакова у реду, односно 28.800 знакова, фонт *Times New Roman* 12.

Текст намењен за рубрику „Чланци“ мора да на почетку садржи резиме с основним налазима рада, обима до 20 редова (апстракт) и до пет кључних речи, а на крају резиме (*summary*) истог обима и исти број кључних речи на енглеском језику. Цео рад, укључујући и резиме на страном језику, подлежу стручној лектури.

Наслов рада се пише на средини, великим словима – верзалом (фонт 14). Поднаслови се пишу на средини, великим словима (фонт 12) и нумеришу се арапским бројевима. Уколико поднаслов садржи више целина, оне са такође означавају арапским бројевима, и то: 1.1. – курентом, тј. малим обичним словима (фонт 12), 1.1.1. – малим италик словима (фонт 12), итд. са мањим фонтом.

Радови се предају у штампаном и електронском облику.

Редакција задржава право да прилагођава рад општим правилима уређивања часописа и стандарду српског језика.

ПРАВИЛА ЦИТИРАЊА

1. **Књиге** се наводе на следећи начин: прво слово имена (после чега следи тачка) и презиме аутора, назив курзивом, место издања курентом – обично, година издања. Ако се наводи и број стране, он се пише без икаквих додатака (попут стр., p., pp., ff., dd. и слично). После места издања не ставља се зарез.

Уколико се наводи и издавач, пише се курентом – обично, пре места издања.

Навођење назива издавача није обавезно, али је пожељно.

Пример: М. Петровић, *Наука о финансијама*, Савремена администрација, Београд 1994, 35.

Уколико књига има више издања, може се навести број издања у суперскрипту (нпр. 1994^3).

Уколико се упућује на фусноту, после броја стране пише се скраћеница „фн.“.

Пример: М. Петровић, *Наука о финансијама*, Београд 1994, 35 фн. 3.

Уколико се у књизи помиње више места где је издата, наводе се прва два раздвојена цртом.

Пример: S. Boshammer, *Gruppen, Rechte, Gerechtigkeit*, Walter de Gruyter, Berlin – New York 2003, 34–38.

2. **Чланци** се наводе на следећи начин: прво слово имена (са тачком) и презиме аутора, назив чланка курентом – обично под наводницама, назив часописа (новина или друге периодике) курзивом, број и годиште, број стране без икаквих додатака (као и код цитирања књига).

Уколико је назив часописа дуг, приликом првог цитирања у загради се наводи скраћеница под којом ће се периодика надаље појављивати.

Пример: М. Петровић, „Ефекти посредног опорезивања“, *Анали Правног факултета у Београду* (*Анали ПФБ*) 3/1995, 65.

3. Уколико постоји више аутора књиге или чланка (до три), раздвајају се зарезом.

Пример: М. Петровић, М. Поповић, В. Илић,

Уколико се цитира књига или чланак са више од три аутора, наводи се прво слово имена и презиме само првог од њих, уз додавање скраћенице речи *et alia* (*et al.*) курзивом.

Пример: М. Петровић *et al.*,

4. Уколико се у раду цитира само један текст одређеног аутора, код поновљеног цитирања тог текста, после првог слова имена и презимена аутора, следи само број стране и тачка (без додатака *op. cit*., нав. дело и сл.).

Пример: М. Петровић, 53.

Уколико се цитира више радова истог аутора, било књига или чланака, а пошто је први пут назив сваког рада наведен у пуном облику, после првог слова имена и презимена аутора, ставља се у загради година издања књиге или чланка. Уколико исте године аутор

има више објављених радова који се цитирају, уз годину се додају латинична слова a, b, c, d, итд., после чега следи само број стране.

Пример: М. Петровић (1995a), 67.

5. Уколико се цитира текст са више страна које су тачно одређене, оне се раздвајају цртицом, после чега следи тачка. Уколико се цитира више страна које се не одређују тачно, после броја који означава прву страну наводи се „и даље“ с тачком на крају.

Пример: М. Петровић, 53–67.
Пример: М. Петровић (1995a), 53 и даље.

6. Уколико се цитира податак с исте стране из истог дела као у претходној фусноти, користи се латинична скраћеница за *ibidem* у курзиву, с тачком на крају (без навођења презимена и имена аутора).

Пример: *Ibid.*

Уколико се цитира податак из истог дела као у претходној фусноти, али с различите стране, користи се латинична скраћеница *ibid*, наводи се одговарајућа страна и ставља тачка на крају.

Пример: *Ibid.*, 69.

Када се цитира чланак у зборнику радова на енглеском или другом страном језику, после назива зборника који је писан италиком, у загради се наводе имена уредника. Уколико их је више ставља се назнака „eds.“ пре њихових имена, а ако је само један уредник, назнака пре његовог имена је „ed.“, односно одговарајућа скраћеница у другом језику (нпр. у немачком „Hrsg.“). Када се цитира чланак у зборнику радова на српском или другом језику овог говорног подручја, после назива зборника који је писан италиком, у загради се наводи име или имена уредника са назнаком „ур.“ пре имена.

Пример: A. Buchanan, „Liberalism and Group Rights“, *Essays in Honour of Joel Feinberg* (eds. J. L. Coleman, A. Buchanan), Cambridge University Press, Cambridge 1994, 1 15.

7. **Прописи** се наводе пуним називом у куренту – обично, потом се курзивом наводи гласило у коме је пропис објављен, а после зареза број и година објављивања, поново у куренту – обично.

Уколико ће се поменути закон цитирати и касније, приликом првог помињања после црте наводи се скраћеница под којом ће се пропис даље појављивати.

Пример: Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78 или Закон о извршном поступку – ЗИП, *Службени гласник РС*, бр. 125/04.

Уколико је пропис мењиван и допуњаван, наводе се сукцесивно бројеви и године објављивања измена и допуна.

Пример: Закон о основама система васпитања и образовања, *Службени гласник РС*, бр. 62/03, 64/03, 58/04 и 62/04.

8. Члан, став и тачка прописа означава се скраћеницама чл., ст. и тач., а иза последњег броја се не ставља тачка.

Пример: чл. 5, ст. 2, тач. 3 или чл. 5, 6, 9 и 10 или чл. 4–12, итд.

9. Навођење судских одлука треба да садржи што потпуније податке (врста и број одлуке, датум када је донесена, публикација у којој је евентуално објављена).

10. Латинске и друге стране речи, интернет адресе и сл. се пишу курзивом.

11. Цитирање текстова с интернета треба да садржи назив цитираног текста, адресу интернет странице исписану италиком и датум приступа страници.

Пример: European Commission for Democracy through Law, Opinion on the Constitution of Serbia, *http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL AD(2007)004 e.asp,* 24. мај 2007.

12. Инострана имена се транскрибују на ћирилици на српском језику како се изговарају, а приликом првог помињања у тексту њихово презиме се наводи у загради у изворном облику на страном језику курзивом, нпр. Годме (*Gaudemet*).

13. За „видети" користи се скраћеница „Вид.", а за „упоредити" се користи скраћеница „Упор."

The Annals of the Faculty of Law in Belgrade

Year LVIII, No. 1, 2010, pp. 1–430

UDC 34/35 ISSN 0003–2565

TABLE OF CONTENTS

ARTICLES

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна бибилиотека Србије, Београд

34 (497.11)

АНАЛИ Правног факултета у Београду : часопис за правне и друштвене науке = Annals of the Faculty of Law in Belgrade : Journal of Legal and Social Sciences / главни и одговорни уредник Сима Аврамовић. – Год. 1, бр. 1 (1953) – . – Београд : Правни факултет, 1953– (Београд : Досије студио). – 24 cm

Тромесечно. – Од No. 3 (2009) издање на енглеском језику излази као трећи број српског издања. – Преузео је: Annals of the Faculty of Law in Belgrade = ISSN 1452-6557
ISSN 0003-2565 = Анали Правног факултета у Београду
COBISS.SR-ID 6016514